Form, Inhalt und Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walther Marheine

Referendar in Gandersheim.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meiner geliebten Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 159—164 ZPO. auf das Versteigerungsprotokoll 5

§ 3. § 78 ZVG., seine Entstehungsgeschichte, sein Verhältnis zu den §§ 159 ff. ZPO. und sein Inhalt 14

§ 4. Form und Inhalt des Versteigerungsprotokolles im allgemeinen und im besonderen 24

§ 5. Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden im allgemeinen und des Versteigerungsprotokolles im besonderen 58

§ 6. Die Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles bezüglich der Förmlichkeiten der Verhandlung 66

§ 7. Die Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles bezüglich des materiellen Inhaltes der Verhandlung 73

Literaturverzeichnis.

I.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB.) nebst Einführungsgesetz (EG. z. BGB.).

Gerichtsverfassungsgesetz (GVG.).

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 (ZVG.) nebst Entwürfen, Motiven, Denkschrift und Kommissionsberichten. Einführungsgesetz (EG. z. ZVG.) dazu.

Preußische Gesetze betr. die Zwangsvollstreckung usw. von 1879 u. 1883 (PrZVG.).

Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (FGG.) nebst Einführungsgesetz (EG. z. FGG.).

Zivilprozeßordnung (ZPO.) nebst Einführungsgesetz (EG. z. ZPO.).

II.

Altmann, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1904.

Badstübner, Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1902.

Betzinger, Handbuch der Liegenschaftsvollstreckung. 1901.

Dispecker, Die Praxis der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1905.

Fischer, Das Verfahren der Zwangsversteigerung usw. an einem Rechtsfalle dargestellt. 1903.

Fischer-Schäfer, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen usw. 1902.

Freund, Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke. 1901.

Günther, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1899/1900.

Jäckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1904.
Krech-Fischer, Die preußische Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1894.
Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1904.
Lindemann, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1905.
Lorenz, Formularbuch zu dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1901.
Meyerhoff, Corpus juris civilis usw. Bd. 3. Teil 3. 1904.
Münchmeyer, Gefahren in der Zwangsversteigerung. 1901.
Niedner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1904.
v. d. Pfordten, Kommentar zu dem Gesetze über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1905.
Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz. 1901.
Samter, Handbuch zum Verfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.
Schöbel, Praktische Fragen aus dem Gebiete der Zwangsversteigerung. 1904.
Schöller, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung usw. 1899.
Wenz-Wagner, Die Zwangsversteigerung u. die Zwangsverwaltung. 1901.
Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 1901.

III.

Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. 1878.
Freudenthal, Zivilprozeßordnung. 1905.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1904.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden usw. 1885.
Meyer, Protokoll und Urteil usw. 1900.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung usw. 1904.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1. Aufl.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1904.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1900.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 1879.
von Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1895.

IV.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtspr. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte usw.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts usw.
Busch = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß usw.
ZentrBl. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.
JurWoch. = Juristische Wochenschrift usw.
SeuffArch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
JurZtg. = Deutsche Juristenzeitung.
[Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
SächsAnn. = Annalen des Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsArch. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
ArchzivPrax. = Archiv für zivilistische Praxis.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0039

§ 1

Einleitung.

Mit der Schaffung eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, das gleichzeitig das Grundbuch- und Hypothekenrecht für ganz Deutschland einheitlich regelte, war auch die Möglichkeit und zugleich Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gegeben. Sie erfolgte durch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897, welches, soweit es die Grundstücke betrifft, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 nach § 1 des EG. z. ZVG. in Verbindung mit den Artt. 1 und 186 des EG. z. BGB. vom 1. 1. 1900 an für jeden Grundbuchbezirk mit dem Zeitpunkte in Kraft getreten ist oder noch treten wird, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Mit ihm ist wiederum ein Stück deutscher Rechtseinheit geschaffen worden.

Es ist ein überaus kunstvolles und durch eine hervorragende juristische Technik sich auszeichnendes Gesetz, bietet aber gleichwohl oder vielleicht gerade deshalb einem richtigen Verständnis nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Bei der bedeutenden wirtschaftlichen Aufgabe jedoch, die es zu erfüllen hat, ist eine gründliche Kenntnis und eine sachgemäße und umsichtige Handhabung seiner Bestimmungen durchaus erforderlich. In Theorie und Praxis, in Literatur und Rechtsprechung sind bereits über viele derselben Meinungsverschiedenheiten entstanden.

Dazu gehören auch die das Protokoll über den Versteigerungstermin, welches unter den außerdem noch im Versteigerungsverfahren hauptsächlich vorkommenden Protokollen über die Verkündung des Zuschlages und die Verteilung des Erlöses die größere Bedeutung verdient, betreffenden §§ 78 und 80 ZVG. Nicht nur darüber, was alles in dieses Protokoll notwendiger- oder zweckmäßigerweise aufzunehmen ist, sondern vor allem auch über die Bedeutung der Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Vorganges besteht Streit. Es soll daher die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, unter Hervorhebung und Würdigung abweichender Meinungen eine Darstellung der Form, des Inhaltes und der Beweiskraft dieses Protokolles, das im folgenden das Versteigerungsprotokoll oder kurz das Protokoll genannt werden soll, zu geben.

Daß über den Versteigerungstermin ein Protokoll aufzunehmen war, unterlag bereits nach den vor dem Inkrafttreten des Reichszwangsversteigerungsgesetzes geltenden landesrechtlichen Zwangsversteigerungsgesetzen keinem Zweifel, wenngleich die Anforderungen, welche an dieses Protokoll gestellt wurden, sehr verschieden bestimmt waren. Während nach der in den Mot. z. Entw. 1, 217 enthaltenen Zusammenstellung eine Reihe von Staaten (Bayern, Mecklenburg, Braunschweig, Hessen und Elsaß-Lothringen) unter fortlaufenden Nummern eine Reihe von Punkten aufführten, welche das Protokoll zu enthalten hatte, stimmten andere wieder (Preußen, Sachsen und Weimar) miteinander darüber überein, daß sie nach Kennzeichnung der zu beurkundenden Vorgänge die entsprechende Anwendung der §§ 148—150 (jetzt 162—164) der ZPO. vorschrieben, außer welchen Weimar auch noch die §§ 145—147 (jetzt 159—161) der ZPO. für maßgebend erklärte.

Preußen bestimmte in § 80 Abs. 1 Satz 1:

> „Das Protokoll des Versteigerungstermins muß über den ganzen Hergang im Termine Auskunft geben."

und bemerkte dazu erläuternd in Satz 2:

„Insbesondere sind darin die Mitteilungen über die Gläubiger, wegen deren Forderungen das Verfahren fortgesetzt wird, sowie die Zeit, zu welcher zum Bieten aufgefordert, und die Zeit, zu welcher die Versteigerung geschlossen wurde, zu verzeichnen."

Unter Satz 3 hieß es dann:

„Wird gegen die Erteilung des Zuschlages Widerspruch erhoben, oder bleibt es streitig, für welches Gebot oder welchem Bieter oder unter welchen Bedingungen der Zuschlag zu erteilen sei, so ist das in Betracht kommende Sachverhältnis nebst den Anträgen der Beteiligten in das Protokoll aufzunehmen."

Sachsen schrieb in § 136 Abs. 1 vor:

„Das ... Protokoll soll über alle für die Beurteilung des Ergebnisses der stattgehabten Verhandlungen einflußreichen Vorgänge Auskunft geben."

und führte dann unter Abs. 2 die wichtigsten Vorgänge, die das Protokoll zu enthalten hatte, besonders auf.

Weimar verlangte, daß in dem Protokolle „der Gang der Verhandlungen in allen wesentlichen Beziehungen" angegeben werde.

Preußen und Sachsen, deren Gesetze vom Jahre 1883 bezw. 1884 neben den bayerischen Gesetzen aus den Jahren 1879 und 1886 die Hauptquellen für das gegenwärtige Gesetz sind, hatten bereits Bestimmungen über die Beweiskraft des Protokolles bezüglich der darin aufgenommenen oder nicht aufgenommenen Vorgänge im Versteigerungstermine.

So bestimmte Preußen in § 81 Abs. 2:

„Vorgänge des Versteigerungstermins, welche aus dem Versteigerungsprotokolle nicht erhellen, werden nicht berücksichtigt",

während Sachsen in § 136 Abs. 3 Satz 3 vorschrieb, daß die

unter Abs. 2 aufgeführten Vorgänge nur durch das Protokoll bewiesen werden könnten.

Auch nach geltendem Rechte unterliegt es keinem Zweifel, daß über den Versteigerungstermin ein Protokoll aufzunehmen ist. Das geht einmal aus § 78 ZVG., welcher einige Vorschriften über den notwendigen Gesamtinhalt des Versteigerungsprotokolles gibt, besonders aber aus § 80 ZVG. hervor, der Folgerungen aus der Verletzung dieser Vorschriften zieht, indem er die Berücksichtigung nicht beurkundeter Vorgänge im Versteigerungstermine für die Entscheidung über den Zuschlag ausschließt. Ist nun aber nichts beurkundet oder überhaupt kein Protokoll aufgenommen, dann fehlt auch die Grundlage für diese Entscheidung, soweit sie auf die Erteilung des Zuschlages geht. Wird dieser aber versagt, dann erlöschen nicht nur die abgegebenen Gebote, sondern es wird auch die ganze Verhandlung ungültig, da es nicht zulässig erscheint, nachträglich den Inhalt der Verhandlung zu beurkunden und davon für eine Entscheidung über den Zuschlag Gebrauch zu machen. Anders im Zivilprozeß! Dort ist zwar auch die Aufnahme eines Protokolles über Verhandlungen vorgeschrieben, aber das Fehlen eines solchen hat deren Ungültigkeit nicht zur Folge.

Über Form und Inhalt des Versteigerungsprotokolles hat das Gesetz, von § 78 abgesehen, nähere Vorschriften nicht gegeben. Es soll daher im folgenden Paragraphen erörtert werden, ob und welche etwa in anderen Reichsgesetzen enthaltenen Bestimmungen auf das Versteigerungsprotokoll hinsichtlich seiner Form und seines Inhaltes anwendbar sind.

§ 2.

Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 159—164 ZPO. auf das Versteigerungsprotokoll.

Zur Entscheidung der Frage, ob und welche etwa in anderen Reichsgesetzen enthaltenen Bestimmungen außer den §§ 78 u. 80 ZVG. noch auf das Versteigerungsprotokoll anzuwenden sind, ist es von Wichtigkeit, die Stellung, welche das Zwangsversteigerungsrecht in unserem Rechtssysteme einnimmt, näher festzustellen.

Man wird in der Annahme nicht fehlgehen, daß die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, insbesondere die Zwangsversteigerung, nur eine Unterart der Zwangsvollstreckung überhaupt ist und damit wie diese dem Prozeßrechte angehört. Von diesem Standpunkte geht auch die Zivilprozeßordnung aus, indem sie im 8. Buche die Materie der Zwangsvollstreckung regelt und dabei in den §§ 864—871 auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erwähnt und ihre allgemeinen Grundlagen regelt. Während sie die Gegenstände der Immobiliarzwangsvollstreckung, deren Verhältnis zur Mobiliarzwangsvollstreckung und die zulässigen Vollstreckungsmaßregeln als Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung und Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung des Gläubigers bestimmt, regelt sie jedoch nur die letzte Vollstreckungsart in der Art ihrer Durchführung näher (§§ 867—868), um dann in § 869 darauf hinzuweisen, daß Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung durch ein besonderes Gesetz geregelt werden.

Dazu bemerken die Mot. 72, die Reichsgesetzgebung müsse aus naheliegenden Rücksichten davon ausgehen, daß das Prozeßrecht nach einheitlichen Grundsätzen zu regeln sei. Wenn daher die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen diesem

Rechtsgebiete angehöre, so müsse sie den Vorschriften der Zivilprozeßordnung insoweit unterworfen werden, als dieselben nach ihrem Inhalte und ihrer Stellung zur Anwendung geeignet und nicht aus besonderen Erwägungen von der Anwendung auszuschließen seien. Als solche Vorschriften kommen zunächst die des 1. Abschnittes des 8. Buches der Zivilprozeßordnung mit der Überschrift „Allgemeine Bestimmungen" in Betracht (vgl. auch, allerdings noch für das PrZVG. von 1879, RG. Bd. 3, 374), dann aber auch die allgemeinen Vorschriften über das Prozeßverfahren (vgl auch, allerdings noch für das PrZVG. von 1883, RG. 26. 11. 1888 in Jur. Woch. 1889, 34). In letzter Hinsicht betonen auch die Mot. 71, es werde bei dem Systeme, welches die Zivilprozeßordnung befolge, darüber kein Zweifel sein, daß die allgemeinen Vorschriften über das Prozeßverfahren (Prozeßfähigkeit, Vertretung, Zustellung, Termine, Fristen usw.) auch auf das Vollstreckungsverfahren berechnet seien.

Dasselbe gilt von den besonderen Vorschriften über das Verfahren von den Amtsgerichten, nicht jedoch ohne weiteres von dem Gerichtsverfassungsgesetz. Dessen Vorschriften finden nach § 2 des EG. z. GVG. nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung. Die Zugehörigkeit der Zwangsvollstreckung, insbesondere der Zwangsversteigerung, zu dieser ist jedoch bestritten worden (s. unten). Gleichwohl wird man annehmen dürfen, daß letztere als Glied in der Kette aller Mittel zur Verwirklichung eines Anspruches in so engem Verhältnis zur streitigen Gerichtsbarkeit steht, daß eine Anwendung der Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes zulässig erscheint. Auch kommt in Betracht, daß diese sich auf die Zivilprozeßordnung als Ganzes, also auch auf die in ihr enthaltenen, dem Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit angehörigen Materien (z. B. das Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren) beziehen. Ist aber infolge des § 869 ZPO. auch das Zwangsversteigerungsverfahren als ein Teil der Zivilprozeßordnung anzusehen, so

wird es ebenso wie diese von den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes ergriffen, ganz gleich ob es der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit angehört.

Demgegenüber will Schneider (bei Busch 1901 Bd. 29, 102ff.) an Stelle der gewöhnlich herangezogenen Bestimmungen der ZPO. und des GVG. die §§ 1—34 FGG. auf das Zwangsversteigerungsverfahren anwenden. Dabei stützt er sich darauf, daß die Zwangsversteigerungsordnung mit ihrem rechtsschaffenden Kernpunkte, der so ganz besonders der Aufgabe freiwilliger Gerichtsbarkeit entspreche, ein besonderes Gesetz (§ 869 ZPO.) sei und nicht kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift von der ZPO. abhänge. Deshalb schließe auch, zumal der Wortlaut des § 1 FGG. durchaus passe, die sie zur ZPO. ziehende Äußerung in der Regierungsbegründung eine richtigere Beurteilung und die Anwendung der §§ 1—34 FGG. nicht aus.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Zugegeben sein mag, daß das dem Grenzgebiete freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit angehörige Zwangsversteigerungsverfahren der ersteren zugerechnet werden kann und in einem besonderen Gesetze seine Regelung gefunden hat. Nicht aber paßt der Wortlaut des § 1 FGG. Nach ihm gelten für die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die §§ 1—34 FGG., jedoch nur insoweit, als nicht ein anderes bestimmt ist. Aus der Aufnahme des § 869 in die ZPO. geht aber unzweifelhaft hervor, daß das Zwangsversteigerungsverfahren trotz seiner besonderen Regelung deren Vorschriften in gleicher Weise unterworfen werden soll, wie die anderen in ihr enthaltenen, auch die dem Gebiete freiwilliger Gerichtsbarkeit angehörigen Materien. Im übrigen soll auf die aus der Anwendung der §§ 1—34 FGG. an Stelle der entsprechenden Vorschriften der ZPO. und des GVG. sich ergebenden Unterschiede bei den einzelnen Stellen hingewiesen werden (vgl. S. 30, 35).

Diesen Erwägungen, die aus sachlichen Gründen die entsprechende Anwendbarkeit der ZPO. für zulässig erachten, könnte entgegengehalten werden, daß es dann ja nur folgerichtig gewesen wäre, das ZVG. in der ZPO. aufzunehmen. Daraus aber, daß dies nicht geschehen sei, vielmehr die Materie der Zwangsversteigerung in einem besonderen Gesetze ihre Regelung gefunden habe, auch dieses besondere Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift enthalte, welche die Bestimmungen der ZPO., soweit sie überhaupt in Betracht kämen, für anwendbar erkläre, könne im Gegenteil auf deren Unanwendbarkeit geschlossen werden.

Demgegenüber betonen die Mot. 72, es könne dieser Standpunkt (nämlich die Unterwerfung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unter die Vorschriften der ZPO.) dadurch keine Änderung erleiden, daß die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nicht in der ZPO. selbst, sondern aus technischen Rücksichten in einem besonderen Gesetze geordnet werde. Der vorliegende Entwurf sei deshalb so zu lesen, als ständen seine Vorschriften in dem 8. Buche der ZPO. an der Stelle der §§ 755—757 (jetzt 864—871). Daß dies verkannt werden möchte, sei im Hinblicke auf die Bestimmungen, durch welche die §§ 755—757 nach dem Einführungsgesetz (gemeint ist der Entwurf eines EG. z. BGB., Berlin 1888) ersetzt werden sollen, bei der Stellung, welche der Entwurf gegenüber einzelnen Vorschriften der ZPO. einnehme, nicht zu besorgen. Indem aber die ZPO. (§ 757[e] der Anlage 1, jetzt § 869) ausdrücklich auf dieses besondere Gesetz Bezug nehme, werde klargestellt, daß ihre Vorschriften bei Anwendung des letzteren in gleicher Weise Platz greifen sollen, wie wenn das Gesetz ein Bestandteil der ZPO. selbst wäre (Denkschrift z. Entw. 2, 35).

Haben also nach den Mot. lediglich technische Rücksichten den Grund zur Regelung der Zwangsversteigerung in einem besonderen Gesetze abgegeben, so sind nach Fischer-Schäfer rein praktische Gesichtspunkte entscheidend gewesen. Sie bemerken S. 23,

es hätten nicht innere Gründe, sondern lediglich der Wunsch, die im Zusammenhange mit dem materiellen Liegenschaftsrechte bearbeiteten Bestimmungen des ZVG. unabhängig von den Schicksalen der Zivilprozeßordnungsnovelle unter Dach zu bringen, dazu geführt, seine Vollstreckungsmaßregeln zum Gegenstande eines besonderen Gesetzes zu machen.

Finden somit die allgemeinen Vorschriften über das Prozeßverfahren, wie sie in der ZPO. enthalten sind, auch auf das Versteigerungsverfahren entsprechende Anwendung, so kann es zunächst keinem Bedenken unterliegen, die zu diesen Vorschriften gehörigen, wenngleich von den Mot. 71 nicht mit aufgeführten Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über das Terminsprotokoll auch auf das Versteigerungsprotokoll für entsprechend anwendbar zu erklären. In Frage kommen die Bestimmungen der §§ 159 bis 164 einerseits und des § 165 andererseits. Welche sind nun anwendbar?

I. Die §§ 159—164 ZPO. beziehen sich zunächst nur auf das über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte aufzunehmende Protokoll, und es geht aus ihrer Stellung hervor, daß damit im Sinne von § 128 ZPO. die mündliche Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte gemeint ist. Im Versteigerungsverfahren handelt es sich weder um Parteien, noch um einen Rechtsstreit, noch auch ist das Versteigerungsgericht erkennendes, d. h. zur Urteilsfällung berufenes Gericht. Zwar findet auch im Versteigerungsverfahren eine Verhandlung und sogar eine mündliche Verhandlung statt (z. B. kann die Feststellung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen, die Erörterung von Sicherheitsverlangen, Widersprüchen, Zulassungen oder Zurückweisungen von Geboten usw. nur durch mündliche Verhandlung erledigt werden); aber diese ist nicht eine technisch mündliche im Sinne der ZPO., insbesondere des § 128, mit ihren Besonderheiten und Notwendigkeiten. Das die ZPO. beherrschende, wenngleich nicht rein

durchgeführte Mündlichkeitsprinzip hat, von wenigen Ausnahmen abgesehen, den Fortfall jeder festen Gliederung des Prozeßstoffes in der mündlichen Verhandlung zur Folge (vgl. auch Wach, Vorträge S. 5, 31, 33).

Wie anders im Versteigerungsverfahren! Im Versteigerungstermine gilt die Eventualmaxime, finden wir Zäsuren und Abgrenzung von stofflich geschiedenen Abschnitten der Verhandlung, gebildet durch die §§ 66, 73 und 74, 87 ZVG. Auch die Anordnung einer fakultativen mündlichen Verhandlung erscheint ausgeschlossen. Die Entscheidung über den Zuschlag ist im Sinne von § 793 ZPO. denjenigen Entscheidungen beizuzählen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erfolgen können, ja hier sogar erfolgen müssen. Die Anhörung der Beteiligten, welche gemäß § 74 ZVG. stattfindet, hat nicht die Natur einer solchen, da nicht das mündliche Vorbringen, sondern das protokollarisch festgestellte Sach- und Streitverhältnis die Grundlage der Entscheidung bildet. Das Versteigerungsverfahren beruht auch nicht auf dem Parteibetriebe, ist vielmehr ein eigenartig gestaltetes Offizialverfahren. Sobald die Versteigerung einmal beantragt ist, findet ihre weitere Durchführung von Amts wegen statt. Der Versteigerungstermin findet statt, auch wenn anfangs niemand erscheint (a. M. Wolff 174, der das Erscheinen eines Bieters für notwendig hält. Aber ein solcher kann ja noch kurz vor dem Schlusse der Versteigerung erscheinen!).

Auch die Mot. 218 verkennen nicht, daß die §§ 145 bis 150 (jetzt 159—164) der ZPO. auf das Versteigerungsprotokoll direkt nicht anwendbar seien, und weisen darauf hin, daß über die außerhalb einer mündlichen Verhandlung aufzunehmenden Protokolle, von dem § 151 (jetzt 165) abgesehen, die Zivilprozeßordnung keine ausdrückliche Bestimmung enthalte.

II. § 165 ZPO. lautet:

> „Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder

ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen."

Die Verhandlung im Versteigerungstermine ist nun aber weder eine solche vor einem beauftragten noch einem ersuchten Richter; ob sie überhaupt eine solche ist, welche „außerhalb der Sitzung" stattfindet, hängt lediglich davon ab, welche Auslegung man diesen Worten gibt.

Nun unterscheidet die Zivilprozeßordnung hinsichtlich der Protokollaufnahme zwei Arten von Verhandlungen. Dies zeigt eine Gegenüberstellung der §§ 159 und 165. Von ihnen behandelt ersterer die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte und zwar, wie bereits hervorgehoben ist, die obligatorisch mündliche Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte. Dies geht aus der systematischen Anordnung der Zivilprozeßordnung hervor, welche den § 159 unmittelbar hinter den Vorschriften über diese Verhandlung folgen läßt. Wie nun einerseits § 159 unter „mündlicher Verhandlung" nicht bloß die Parteitätigkeit, sondern auch die sich anschließende richterliche Tätigkeit, also den vollen Hergang des Verhandlungstermines versteht, so bezeichnet er andererseits damit auch nicht nur die Verhandlung im engeren Sinne als Darstellung des Rechtsstreites durch die Parteien, sondern auch die Verhandlungen zum Zwecke der Beweisaufnahme, ferner solche, welche lediglich der Fortführung oder Beendigung des Verfahrens (z. B. Terminsbestimmungen, Vertagungen, Verkündungen, Fristsetzungen) oder der Prozeßleitung im engeren Sinne dienende oder sich als Justizverwaltung (z. B. Bestimmung des zuständigen Gerichtes, Zulassung zum Armenrechte, Ablehnung eines Richters) darstellende Akte zum Gegenstande haben. Daraus aber, daß einmal die §§ 159 und 165 die der ZPO. oder der streitigen Gerichtsbarkeit überhaupt angehörigen Verhandlungen, über welche die Aufnahme eines Protokolles notwendig ist, ausschließlich geregelt haben, und dann § 165 von den „außerhalb der Sitzung"

stattfindenden Verhandlungen, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden vor beauftragten oder ersuchten Richtern, nur die vor Amtsrichtern im Auge hat, dagegen die vor dem Landgerichte (Prozeßgerichte) nicht erwähnt, geht hervor, daß es gleichgültig ist, ob die genannten Akte im Einzelfalle den gesamten Inhalt des Termines ausmachen oder ob noch eine Verhandlung im engeren Sinne hinzukommt. Findet also z. B. in einem Beweisaufnahmetermine vor dem Prozeßgerichte, der als solcher kein Termin zur mündlichen Verhandlung ist (Wach, Vorträge 122), wenngleich er zu ihrer Fortsetzung bestimmt ist, tatsächlich keine solche mündliche Verhandlung statt, so ist für das über die Beweisaufnahme anzufertigende Protokoll § 159 und nicht § 165 maßgebend.

Da somit hinsichtlich der Protokollierung aller Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte § 159 Anwendung findet, können die Worte „außerhalb der Sitzung" in § 165 nur gleichbedeutend sein mit „nicht vor dem erkennenden Gerichte" (a. M. Reincke 170: a. d. S. = außerhalb der Verhandlungstermine vor dem erkennenden Gerichte. Danach würden also z. B. Beweisaufnahmen unter § 165 fallen). Demnach fallen alle anderen Verhandlungen unter § 165, selbst wenn sie im Einzelfalle (obligatorisch oder fakultativ) mündliche sein sollten.

Einen anderen Standpunkt in dieser Frage nehmen die Mot. ein. Sie halten S. 218 „außerhalb der Sitzung" für gleichbedeutend mit „außerhalb der mündlichen Verhandlung" und unterwerfen damit alle (obligatorisch und fakultativ) mündlichen Verhandlungen, selbst die nicht vor dem erkennenden Gerichte stattfindenden, dem § 159. Übrigens ist der Streit, was unten noch gezeigt werden soll, praktisch fast völlig bedeutungslos.

Nach der hier vertretenen Auffassung würde also, da das Versteigerungsgericht nicht erkennendes Gericht ist, auf das Versteigerungsprotokoll zunächst § 165 ZPO. Anwendung finden. Mit diesem Ergebnisse wäre jedoch noch nicht viel erreicht, da

§ 165 nur die Aufnahme eines Protokolles vorschreibt (denn darin besteht die einzige Funktion des zuzuziehenden Gerichtsschreibers), ohne aber über dessen Form und Inhalt Bestimmungen zu treffen. Die Regelung der Form dieser Protokolle ist vielmehr den Dienstvorschriften überlassen (vgl. Gaupp-Stein 1, 402 und die dort angeführten Zitate). In Ermangelung irgend welcher Normen finden jedoch die §§ 159 ff. ZPO. entsprechende Anwendung, soweit sie nicht der Natur der Sache nach eine Sitzung des erkennenden Gerichtes voraussetzen. Auch die Mot. bemerken S. 218, mit Recht werde in der Theorie und Praxis angenommen, daß auch für solche Protokolle, soweit der Gegenstand der Verhandlung es zulasse, die §§ 145—150 (jetzt 159—164) ZPO. maßgebend seien. Sie geben dann als Grund für den Mangel einer die entsprechende Anwendung dieser, auf das ZVG. bestimmenden Vorschrift ebenda an, beachte man, daß das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zur Ergänzung der ZPO. diene, so könne füglich nicht ausdrücklich vorgeschrieben werden, daß deren §§ 145—150 (jetzt 159 –164) auf die Verhandlungen vor dem Vollstreckungsgerichte, soweit sie hier nicht gegenstandslos seien, entsprechende Anwendung fänden. Eine solche Vorschrift wäre einerseits selbstverständlich, andererseits aber nicht unbedenklich, weil sie das Verhältnis des besonderen Gesetzes zu den Vorschriften der ZPO. bezw. die Tragweite dieser Vorschriften leicht verdunkeln könnte. Der einzige Unterschied aber, der zwischen der Anwendung der §§ 159 und 165 besteht, ist der, daß in letzterem Falle event. Dienstvorschriften in Frage kommen könnten.

III. Aus der „entsprechenden" Anwendung der §§ 159 ff. ergibt sich nun, daß nicht alle diese Bestimmungen ohne weiteres wörtlich anwendbar sind, sondern nur insoweit, als sie nicht aus besonderen in der Natur des Versteigerungsverfahrens begründeten Verschiedenheiten ausgeschlossen oder doch nur in veränderter Form anwendbar sind. Ohne weiteres, wenn auch mit Ab-

änderungen, sind die §§ 159, 1—4, 160, 162 und 163 anwendbar, während die Anwendbarkeit der §§ 159, 5 und 164 streitig ist (vgl. S. 33, 34, 66, 67). Gänzlich unanwendbar erscheint dagegen die Bestimmung des § 161, wonach die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen unterbleiben kann, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgt und das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. Es handelt sich im Versteigerungsverfahren weder um ein Prozeßgericht, noch um ein Endurteil, noch ist Berufung zulässig. Wenn Samter 98 bemerkt, die protokollarmäßige Darstellung der Versteigerungsverhandlung habe den §§ 159, 162, 163 ZPO. zu entsprechen, so ist das meines Erachtens in dieser Fassung unvollständig. Auch § 160 kommt hierfür in Betracht und ist durch § 78 ZVG. nicht überflüssig geworden, sondern nur noch ergänzt. In welchem Umfange dies aber geschehen ist und in welchem Verhältnisse überhaupt § 78 ZVG. zu den §§ 159 ff. ZPO. steht, soll u. a. im folgenden Paragraphen dargestellt werden.

§ 3.

§ 78 ZVG., seine Entstehungsgeschichte, sein Verhältnis zu den §§ 159 ff. ZPO. und sein Inhalt.

Wie in § 2 hervorgehoben ist, finden die §§ 159 ff. ZPO. auch trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift auf das Versteigerungsprotokoll entsprechende Anwendung. Jedoch erscheint bei den Besonderheiten der Zwangsversteigerung auch eine solche nicht ausreichend, um im Hinblicke auf die einschneidende Bestimmung des § 80 ZVG. eine etwaige Schädigung der Beteiligten zu vermeiden. Vielmehr sind einige Sondervorschriften zur Ergänzung erforderlich, einmal, um eine ausreichende Be-

urkundung wichtiger Vorgänge zu gewährleisten und dadurch Schädigungen der Beteiligten vorzubeugen, dann aber auch um zwecks Beschleunigung des Verfahrens und möglichster Vermeidung späterer Beweisaufnahmen bei Streitigkeiten über die Zuschlagserteilung das gesamte Material beisammen zu haben und um für die Entscheidung über den Zuschlag eine feste, die Nachprüfung durch das Beschwerdegericht gestattende Grundlage zu schaffen.

Die Notwendigkeit derartiger Sonderbestimmungen betonen auch die Mot., indem sie S. 218 ausführen, der Entwurf habe sich darauf zu beschränken, die durch die besondere Natur des Versteigerungsverfahrens gebotenen Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften zu bestimmen. In dieser Hinsicht bedürfe es, da nicht das mündliche Vorbringen als solches, sondern das protokollarisch festgestellte Sachverhältnis die Grundlage für die Entscheidung über den Zuschlag bilde, zunächst einer grundsätzlichen Vorschrift, welche klar zum Ausdrucke bringe, daß alle für diese Entscheidung und für die Rechte der Beteiligten in Betracht kommenden Vorgänge durch das Protokoll festzustellen seien.

Im Anschluß an § 80 Abs. 1 Satz 1 u. 2 des PrZVG. von 1883 (vgl. S. 2, 3) bestimmte daher der Entw. 1 in § 106 Abs. 1 Satz 1:

„Die für die Entscheidung über den Zuschlag und für die Rechte der Beteiligten in Betracht kommenden Vorgänge im Termine sind durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen."

Um indessen, wie die Mot. 218/19 weiter bemerken, dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob der Richter nur die nach seiner Auffassung materiell erheblichen Vorgänge durch das Protokoll zu beurkunden habe, dagegen nicht schlechthin genötigt sei, die gestellten Anträge in dasselbe aufzunehmen, erscheine es ratsam, dem Grundsatze eine dem preuß. Ges. § 80 Abs. 1 Satz 3 entsprechende Erläuterung hinzuzufügen.

Diese Erläuterung findet sich in § 106 Abs. 1 Satz 2 des Entw. 1 und lautet:

„Insbesondere ist, wenn streitig bleibt, ob oder für welches Gebot der Zuschlag zu erteilen sei, das Sachverhältnis mit den gestellten Anträgen in das Protokoll aufzunehmen."

Diese Vorschriften des Entw. 1 sind dann nach einigen Änderungen als § 78 ZVG. Gesetz geworden. Soweit die Entstehungsgeschichte des § 78. Er lautet:

„Vorgänge in dem Termine, die für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen, sind durch das Protokoll festzustellen; bleibt streitig, ob oder für welches Gebot der Zuschlag zu erteilen ist, so ist das Sachverhältnis mit den gestellten Anträgen in das Protokoll aufzunehmen."

Auf S. 5—9 ist bereits hervorgehoben worden, daß das Zwangsversteigerungsgesetz als ein integrierender Bestandteil der Zivilprozeßordnung anzusehen und damit auch deren allgemeinen Vorschriften über das Prozeßverfahren unterworfen ist. Ist dies aber der Fall, so sind in erster Linie auf das Versteigerungsprotokoll die §§ 159 ff. ZPO. anwendbar und erfahren durch § 78 ZVG. nur eine durch die Besonderheiten des Versteigerungsverfahrens gebotene Ergänzung. Nicht jedoch findet letzterer, wie es wohl nach dem PrZVG. von 1883 der Fall war, prinzipale Anwendung, während erstere nur subsidiär in Betracht kämen. Von ihnen sei zunächst auf die Blankettvorschrift des § 160 Abs. 2 Nr. 2 hingewiesen. Danach sind durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist. Dieses Blankett wird für das amtsgerichtliche Verfahren zunächst durch § 509 ZPO., über dessen entsprechende Anwendbarkeit auf das Versteigerungsverfahren (vgl. auch S. 6) ein Zweifel nicht bestehen

kann, ausgefüllt. Nach ihm sind Anträge (d. h. Sachanträge) stets, Erklärungen dagegen mit Ausnahme solcher über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide, die aber für das Versteigerungsverfahren nicht in Frage kommen, nur insoweit durch das Protokoll festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse der mündlichen Verhandlung die Feststellung für angemessen erachtet. Auch hat die Beurkundung der Anträge sofort nach ihrer Stellung von Amts wegen, ohne daß es dazu einer Aufforderung seitens der Beteiligten bedarf, zu geschehen, während bei den zwar auch von Amts wegen, wenngleich erst am Schluß der Verhandlung zu protokollierenden Erklärungen das über die Angemessenheit der Feststellung pflichtmäßig entscheidende richterliche Ermessen auf Wünsche der Beteiligten zwar Rücksicht nehmen kann, aber nicht muß.

Man könnte nun meinen, daß damit den Interessen der Beteiligten genügend Rechnung getragen sei und eine weitere Vorschrift sich erübrigt hätte. Dem ist jedoch nicht so. Denn unter den Anträgen im Sinne des § 509 sind, wie oben erwähnt, nur Sachanträge (petita), d. h. solche, durch welche der Antragsteller erklärt, welchen Inhalt die Formel des von ihm erbetenen Endurteils haben soll, zu verstehen. Da derartige Anträge im Versteigerungsverfahren jedoch nicht vorkommen können, so ist die Vorschrift des § 509 insoweit bedeutungslos. Anders verhält es sich mit den Erklärungen der Beteiligten. Sie sind zunächst nur insoweit zu beurkunden, als das Gericht bei dem Schlusse der Verhandlung ihre Feststellung für angemessen erachtet. Diese Befugnis des Gerichts erleidet jedoch eine wichtige Einschränkung. Die Erklärungen gehören nämlich im Sinne des § 78 ZVG. zu den Vorgängen im Termine und sind damit von Amts wegen ohne weiteres dann zu beurkunden, wenn sie für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen. Hierüber läßt sich freilich das richterliche Ermessen nicht gänzlich ausschließen.

Denn ob eine Erklärung oder ein Vorgang überhaupt ein solcher ist, welcher für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommt, unterliegt ebenso der freien richterlichen Beurteilung wie ersterenfalls die Frage nach der Angemessenheit der Protokollierung. Kommt aber der Richter zu dem Ergebnisse, daß die Erklärung oder der Vorgang zu den in § 78 ZVG. genannten gehört, dann muß er von Amts wegen für die Beurkundung Sorge tragen, ohne daß ihm eine weitere Prüfung nach deren Angemessenheit zusteht.

Aber auch abgesehen von Erklärungen wird ein vorsichtiger Richter einem Verlangen nach Beurkundung solcher Vorgänge, die nicht für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen, dann stattgeben, wenn es sich nicht um offenbar unerhebliche Vorgänge handelt. Allerdings wird es häufig sich erst später ergeben, ob ein anfangs unwesentlich erscheinender Vorgang nicht doch wesentlich ist oder gar für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Frage kommt.

Eine weitere Spezialisierung wird dann durch § 78 Satz 2 ZVG. für den Fall einer Streitigkeit über die Erteilung des Zuschlags herbeigeführt. Ein solcher Streit gehört an und für sich zu den für die Entscheidung über den Zuschlag in Betracht kommenden Vorgängen im Sinne von Satz 1, wenngleich das noch im Entw. 1 enthaltene erläuternde „insbesondere" keine Aufnahme in das Gesetz gefunden hat. In diesem Falle ist nämlich in einer das richterliche Ermessen allseits ausschließenden Weise das Sachverhältnis mit den gestellten Anträgen in das Protokoll aufzunehmen, ganz gleich ob letztere einen Vorgang im Sinne von § 78 Satz 1 selbst darstellen oder sich auf einen solchen beziehen.

Bei der Beurteilung aller dieser Fragen wird der Richter im Hinblicke auf die nicht nur formelle, sondern angesichts des § 80 ZVG. auch wichtige materielle Bedeutung des § 78 ZVG.

sich der größten Sorgfalt und Genauigkeit befleißigen müssen. Ein Zuviel ist hier besser als ein Zuwenig. Schuldhafte Nichtaufnahme eines zu beurkundenden Vorganges und ungerechtfertigte Ablehnung eines Antrages auf Beurkundung begründen nach § 839 BGB. eine Ersatzpflicht des Richters, event. auch des Gerichtsschreibers, da Verfehlungen, deren tatsächliche Grundlagen aus dem Protokolle nicht zu ersehen sind, weder bei der Zuschlagsentscheidung noch in der Beschwerdeinstanz berücksichtigt werden können.

Aber der § 78 ZVG. gibt nicht nur eine Ergänzung zu den §§ 160 Abs. 2 Nr. 2 und 509 ZPO. ab. Durch seine allgemeine und weite Fassung begreift er auch solche Vorgänge in sich, deren Beurkundung bereits durch die §§ 159 ff. ZPO. vorgeschrieben ist. Welche Vorgänge aber für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen, gibt er im einzelnen nicht an, überläßt es vielmehr der Wissenschaft und Rechtsprechung, diesen Begriffen eine nähere Auslegung zu geben.

Was sind nun zunächst „Vorgänge"? Man wird diesen Begriff im weitesten Sinne zu verstehen haben und darunter Tatsachen aller Art begreifen, positive wie negative (z. B. Nichterhebung von Widerspruch), in ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen bestehende, Tätigkeiten (Handlungen des Gerichts wie der Beteiligten und Bieter) und Zustände (z. B. Einhaltung der Stunde des § 73 Abs. 1 Satz 1 ZVG.), Förmlichkeiten und materiellen Inhalt der Verhandlung. Diese Vorgänge werden in zweifacher Weise, zeitlich und sachlich, begrenzt.

Zeitlich kommen nur Vorgänge im Versteigerungstermine in Frage. Dieser beginnt mit dem Aufrufe der Sache und schließt mit der Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag bezw. des sofort dafür zu bestimmenden Termines.

Sachlich aber handelt es sich in § 78 ZVG. nur um solche Vorgänge, welche für die Entscheidung über den Zuschlag

oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen. Damit weicht das Gesetz in doppelter Weise von dem Entw. 1 ab. Dieser hatte einmal anstatt des trennenden „oder" das verbindende „und". Dadurch konnte bei dem Schweigen der Motive die mißverständliche Ansicht hervorgerufen werden, als ob nur die zu gleicher Zeit sowohl für die Entscheidung über den Zuschlag als auch für das Recht eines Beteiligten, nicht jedoch die nur für das eine oder andere allein in Betracht kommenden Vorgänge durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen seien. Das Gesetz hat diese Unklarheit vermieden. Die Entscheidung über den Zuschlag aber ist die Entscheidung darüber, ob, wem, auf welches Gebot eines Bieters oder unter welchen Bedingungen der Zuschlag zu erteilen oder ob er zu versagen ist.

Die für das Recht eines Beteiligten in Frage kommenden Vorgänge sind regelmäßig, aber nicht immer die gleichen wie die, welche für die Entscheidung über den Zuschlag in Betracht kommen. Anstatt der Einzahl „für das Recht eines Beteiligten" hatte hier der Entw. 1 die Mehrzahl „für die Rechte der Beteiligten". Auch dies konnte zu der mißverständlichen Auffassung führen, als ob ein Vorgang nur dann beurkundet werden müsse, wenn er die Rechte der Beteiligten in ihrer Gesamtheit, nicht dagegen nur das eines einzelnen betreffe. Das Gesetz hält letzteres für ausreichend. Unter „Recht" ist hier nicht nur das einem Beteiligten zustehende spezielle obligatorische (z. B. Mieter, Pächter) oder dingliche (z. B. Hypothekar) Recht, sondern auch die ihm in seiner Eigenschaft als Beteiligtem oder in Beziehung auf sein Recht kraft des Zwangsversteigerungsgesetzes gewährte Befugnis (z. B. zur Stellung eines Antrages nach § 94 ZVG.) zu verstehen, nicht aber ein Anspruch eines Beteiligten auf gesetzmäßige Beobachtung der für das Versteigerungsverfahren, insbesondere der zum Schutze der Beteiligten gegebenen Vorschriften (z. B. die Einhaltung der Stunde gemäß § 73 Abs. 1 ZVG.). Ein solcher Anspruch besteht nirgends. Die Vorgänge,

welche die Beobachtung dieser Vorschriften ergeben, sind nur insoweit zu beurkunden, als sie zu den für die Entscheidung über den Zuschlag in Betracht kommenden gehören. Will das Gesetz nicht so sehr die formell rechtliche Seite betonen, wie es mit dem Ausdrucke „Recht" geschieht, sondern mehr die wirtschaftliche, so sagt es „berechtigtes Interesse", wie z. B. in § 76.

„In Betracht kommen". Der Ausdruck ist umfassender wie „beeinträchtigen". Nicht erforderlich ist, daß ein Vorgang im Einzelfalle tatsächlich in Betracht kommt; seine Beurkundung ist vielmehr schon dann geboten, wenn er objektiv geeignet ist, für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht zu kommen. „Kommen" bedeutet also hier so viel wie „kommen können". Denn oft wird es anfangs schwierig sein, zu beurteilen, ob ein Vorgang im Einzelfalle tatsächlich ein solcher des § 78 Satz 1 ZVG. ist, und dies erst später sich zeigen. Soweit es sich um die für die Entscheidung über den Zuschlag in Betracht kommenden Vorgänge handelt, ist es für die Notwendigkeit ihrer Beurkundung bedeutungslos, ob ihre Nichtbeobachtung einen Zuschlagsversagungsgrund abgeben würde oder nicht.

Die gesamten Vorgänge im Versteigerungstermine lassen sich an der Hand des § 78 Satz 1 ZVG. in vier Gruppen einteilen, nämlich in solche, welche

1. nur für die Entscheidung über den Zuschlag,
2. nur für das Recht eines Beteiligten,
3. für beides zugleich,
4. für keines von beiden

in Betracht kommen. Im folgenden sollen die wichtigsten von ihnen, soweit sie im Zwangsversteigerungsgesetz erwähnt sind, aufgeführt werden.

Zur ersten Gruppe gehören:

a) Aufhebung des Verfahrens (§§ 29, 30, 77 Abs. 2, 33);

b) einstweilige Einstellung des Verfahrens (§§ 30, 75, 76, 77 Abs. 1, 33);
c) Aufhebung und Neubestimmung des Versteigerungstermines (§ 43);
d) im Versteigerungstermine erfolgende Genehmigung des Verfahrens (§ 43 Abs. 2);
e) Vorgänge des § 73 Abs. 1.

Zur zweiten Gruppe gehören:
a) Feststellung der Ansprüche von unbestimmtem Betrage (§ 14);
b) Anmeldungen nach § 37 Nr. 4, soweit sie auf die Feststellung des geringsten Gebotes ohne Einfluß sind, und Glaubhaftmachungen (§§ 37 Nr. 4, 45, 53);
c) Anmeldungen nach §§ 53 Abs. 2, 54;
d) im Versteigerungstermine erfolgende Kündigung nach § 57, wenn Mieter oder Pächter nach § 9 Nr. 2 Beteiligte sind;
e) Antrag nach § 77 Abs. 2;
f) Erteilung oder Versagung des Zuschlages (§§ 81 Abs. 1, 83);
g) Antrag nach § 94 Abs. 1.

Zur dritten Gruppe gehören:
a) Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens nach §§ 28, 37 Nr. 5;
b) Anmeldungen nach § 37 Nr. 4, soweit sie auf die Feststellung des geringsten Gebotes von Einfluß sind (a. M. Wolff 182);
c) Feststellung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen unter Anhörung der anwesenden Beteiligten (§§ 44—48, 49—58, 66);
d) Anträge auf Abänderung der Versteigerungsbedingungen und Erklärungen der Beteiligten dazu (§§ 59—65);

e) die abgegebenen Gebote und die nach den §§ 67—72 relevanten Erklärungen der Beteiligten und gerichtlichen Entscheidungen zu diesen Geboten;

f) Zahlung nach § 75;

g) Erklärungen nach § 81 Abs. 2, 3;

h) der richterliche Hinweis auf die bevorstehende Ausschließung weiterer Anmeldungen im Falle des § 83 Nr. 4;

i) Geltendmachung von der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechten (§ 83 Nr. 5, 6);

k) Anträge nach §§ 85 Abs. 1, 174.

Zu den Terminsvorgängen der Gruppen 1—3 gehören auch die auf erstere bezüglichen Ausführungen der Beteiligten oder Bieter in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung einschließlich der angebotenen Beweise und der gestellten Anträge.

Zur vierten Gruppe gehören u. a.:

a) Bekanntmachung der Nachweisungen usw. (§ 66);

b) Verkündung des letzten Gebotes und des Schlusses der Versteigerung (§ 73 Abs. 2);

c) Anhörung nach §§ 74, 87 Abs. 3;

d) Verkündung der Beschlüsse des § 87.

Aus den nach § 78 Satz 1 ZVG. für die Entscheidung über den Zuschlag in Betracht kommenden Vorgängen greift Satz 2 den Fall heraus, daß streitig bleibt, ob (darunter fällt auch „Widerspruch gegen die Erteilung des Zuschlages" in § 80 Abs. 1 Satz 3 PrZVG. von 1883) oder für welches Gebot, sei es desselben Bieters oder verschiedener Bieter (darunter fällt auch „welchem Bieter" in § 80 Abs. 1 Satz 3 PrZVG. von 1883), der Zuschlag zu erteilen ist. Das PrZVG. von 1883 ging scheinbar weiter, indem es in § 80 Abs. 1 Satz 3 noch anführte „unter welchen Bedingungen". Und in der Tat ist es möglich, daß alle Beteiligten darüber einig sind, daß und wem

der Zuschlag zu erteilen sei, sich aber streiten, unter welchen Bedingungen dies geschehen solle. Man wird aber annehmen müssen, daß das Gesetz zu den Erfordernissen des Satz 2 auch diesen Fall hat rechnen wollen, da hier wie dort die gleichen sachlichen Gründe obwalten und ein Streit über die Bedingungen im Grunde genommen auch ein solcher über die Zuschlagserteilung überhaupt ist.

Aus dem Worte „bleibt" (nicht „ist") geht ferner hervor, daß § 78 Satz 2 dann seine Bedeutung verliert, wenn der Streit noch vor dem Schlusse des Versteigerungstermines auf irgend eine Weise im Einverständnisse mit dem Widersprechenden beseitigt wird.

Da nicht nur der Widerspruch, sondern das ganze Sachverhältnis nebst den Anträgen zu beurkunden ist, sind auch Beweismittel, welche für die abgegebenen Erklärungen und für die zur Begründung der Anträge geltend gemachten Tatsachen angegeben werden, zu protokollieren.

§ 4.

Form und Inhalt des Versteigerungsprotokolles im allgemeinen und im besonderen.

I. Die Notwendigkeit der Aufnahme eines Protokolles über den Versteigerungstermin ist bereits mehrfach hervorgehoben worden. Sie liegt selbst dann vor, wenn der Versteigerungstermin ohne Anwesenheit Beteiligter oder Bieter beginnt. Denn auch in diesem Falle ist er durchzuführen, da immerhin die Möglichkeit besteht, daß vor dem Schlusse der Versteigerung sich noch Bieter einstellen. Die Sprache, in welcher das Protokoll abzufassen ist, folgt der Gerichtssprache; diese ist aber nach § 186 GVG. die deutsche.

Aus der entsprechenden Anwendung der §§ 159, 160, 162, 163, 509 ZPO. in Verbindung mit § 78 ZVG. ergibt sich der Inhalt des Versteigerungsprotokolles, das ein Spiegelbild des gesamten Versteigerungstermines sein soll. Der Inhalt, welcher sich möglichst der zeitlichen Aufeinanderfolge der Begebenheiten anschließen soll (vgl. RG. 14, 385) kann ein regelmäßiger oder unregelmäßiger sein, je nachdem er die einem jeden Versteigerungstermine eigentümlichen Vorgänge oder Abweichungen oder Erweiterungen betrifft. Wichtiger ist jedoch eine andere Unterscheidung, nämlich die in Form und Inhalt des Protokolles.

Der gesamte Inhalt des Protokolles bezieht sich auf Form und Gegenstand der Verhandlung einerseits und ihren Inhalt andererseits. „Form der Verhandlung" sind die äußeren Umstände, unter welchen diese vor sich geht. „Form des Protokolles" aber sind die schriftlichen Feststellungen, welche die Beobachtung dieser Umstände (Formen, Förmlichkeiten, Formalien) ergeben, nicht jedoch die „äußere Form" (z. B. Freilassen eines Randes). Sie ist in Wirklichkeit ein Teil des Gesamtinhaltes und zwar der formelle oder Formeninhalt. Dieser ist zugleich der allgemeine, mehr oder weniger einem jeden Protokolle eigene Inhalt und wird hauptsächlich bezeichnet durch die §§ 159, 160 Abs. 1 und 2 Nr. 6, 162, 163 ZPO. und auch § 78 ZVG. In Frage kommen also: Ort und Tag des Versteigerungstermines, vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichtes usw. Nach § 160 Abs. 1 ist der Gang der Verhandlung nur im allgemeinen anzugeben, worunter nicht der Inhalt der Erklärungen der Beteiligten oder das Ergebnis der Verhandlung, sondern nur ihr formeller Gang, wie er sich in Gemäßheit der §§ 66, 73, 74, 87 ZVG. abspielt, also die einzelnen Abschnitte, zu verstehen sind.

Im Gegensatz zu diesem formellen Inhalte (Form) des Protokolles steht der materielle (sachliche) Inhalt (Sachinhalt). Er umfaßt die innerhalb des formellen Ganges der Verhand-

lung sich ereignenden sachlichen Begebenheiten und ist im Einzelfalle fast stets verschieden. Er findet seine hauptsächliche Bestimmung durch die §§ 160 Abs. 2 Nr. 1—5, 509 ZPO. und § 78 GVG. und umfaßt z. B. den Inhalt der Erklärungen der Beteiligten, der Bieter und des Gerichtes, der Aussagen etwaiger Zeugen und Sachverständigen, das Ergebnis eines Augenscheines und der Verhandlung.

II. Die Einzeldarstellung folgt, soweit angängig, dem Gange der Verhandlung. Wenn sie hier und da etwas eingehender wird, so ist dies deshalb geschehen, weil häufig die Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit oder Überflüssigkeit der Beurkundung eines Vorganges von der Entscheidung der Frage nach dessen Zulässigkeit, Unzulässigkeit oder rechtlicher Bedeutung abhängig ist.

Das Versteigerungsprotokoll enthält (vgl. Jäckel S. 286 bis 89; Lorenz S. 15 ff.):

1. Den Ort und den Tag des Versteigerungstermines (§ 159 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.).

a) Nach § 36 Abs. 3 GVG. kann der Termin nach dem Ermessen des Gerichtes an der Gerichtsstelle oder an einem anderen Orte (Örtlichkeit oder Ortschaft) im Gerichtsbezirke abgehalten werden. Letzteres wird namentlich bei ländlichen Grundstücken, bei großer Entfernung des Gerichtssitzes von der Versteigerungssache, sowie dann der Fall sein, wenn Zweifel über deren Umfang, insbesondere des Zubehörs, bestehen oder wenn von einer außerhalb stattfindenden Versteigerung höhere Gebote oder ein günstigeres Ergebnis überhaupt zu erwarten ist, sei es dadurch, daß voraussichtlich zahlungsfähigere Leute, zahlreichere Bieter oder Kauflustige überhaupt erscheinen, sei es dadurch, daß die Bieter das Objekt vor Augen haben. Findet die Versteigerung an der Gerichtsstelle statt, so braucht der Ort nur nach dem Namen der Ortschaft angegeben zu werden. Eine nähere Bezeichnung der Örtlichkeit, etwa durch Angabe der Lage des Gerichtsgebäudes oder der Nummer des Zimmers, in dem

die Versteigerung vorgenommen wird, ist wohl für die Terminsbestimmung nötig (vgl. § 37 Nr. 2 ZVG.), kann jedoch hier fehlen. Wird aber an einem anderen Orte als der Gerichtsstelle versteigert, dann ist zu unterscheiden. Ist dieser Ort eine andere Örtlichkeit des Gerichtssitzes (z. B. eine Wirtschaft), dann ist deren Angabe erforderlich, weil bei ihrem Fehlen die Vermutung besteht, daß die Versteigerung an der Gerichtsstelle stattgefunden hat. Ist der Ort dagegen eine andere Ortschaft, dann ist nur diese Angabe, nicht auch die der Örtlichkeit notwendig, jedoch zweckmäßig.

Eine genaue Bezeichnung der Örtlichkeit wird aber ganz besonders notwendig sein, wenn die Versteigerung in einer anderen Ortschaft, einem anderen Gebäude oder Zimmer (letzteres namentlich bei großen Amtsgerichten) als dem ursprünglich bestimmten stattfindet oder fortgesetzt wird, sei es nun, daß die Angabe in der Terminsbestimmung unrichtig war, sei es, daß nachträglich eine Abänderung vorgenommen ist. Dabei muß auch aus dem Protokolle hervorgehen, ob und welche Vorkehrungen (z. B. Aufstellung eines Gerichtsdieners oder einer anderen Person, Anheftung eines Schriftstückes) getroffen sind, damit alle sich dort einfindenden Personen (Beteiligte und Kauflustige), auch die später erschienenen, in das richtige Terminszimmer gewiesen werden (vgl. auch Jäckel S. 150; Wolff S. 101; KG. 10. 3. 1905 in Rechtspr. 2, 1905, S. 124 bis 126).

b) Die Zeit des Termines braucht im allgemeinen nur dem Tage nach angegeben zu werden, nicht auch nach Stunde und Minute des Beginnes (streitig in der Literatur über das PrZVG. von 1883 und jetzt noch für die Terminsbestimmung erforderlich; vgl. § 37 Nr. 2 ZVG.), der Dauer oder des Schlusses (anders hinsichtlich des Versteigerungsgeschäftes; vgl. S. 41, 47). Für den Beginn des Termines muß die in der Bekanntmachung angegebene Zeit maßgebend bleiben. Auf jeden

Fall ist aber ein vorzeitiger Beginn unzulässig. Genaue Zeitangabe des tatsächlichen Terminsbeginnes nach Stunde und Minute ist übrigens dann zweckmäßig, wenn der Termin an einer anderen als der anfangs bestimmten Stelle ganz oder teilweise stattfindet (vgl. auch unter a), damit später festgestellt werden kann, ob zwischen dem angesetzten und dem wirklichen Terminsbeginn ein genügender Zeitraum gelegen hat, um den an der anfangs bestimmten Stelle sich einfindenden Personen ein rechtzeitiges Erscheinen zu ermöglichen.

2. Die Bezeichnung des Gerichtes.

Sie ist zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, jedoch besonders dann zweckmäßig, wenn der Termin in einer anderen Ortschaft als der des Gerichtssitzes stattfindet.

3. Den Namen des Richters, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers und Rechnungsverständigen (§ 159 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.).

Die Amtseigenschaft der Gerichtspersonen wird anzugeben sein, da hieraus erst ersichtlich wird, wer Richter und wer Gerichtsschreiber ist, ebenso Stand oder Gewerbe des Dolmetschers und Rechnungsverständigen, nicht unbedingt dagegen der Titel (a. M. Meyer S. 12, welcher Titelangabe für erforderlich hält).

a) Über die Qualifikation und Stellung des Richters als Leiters des Versteigerungstermines finden sich Vorschriften im Gerichtsverfassungsgesetz und Zwangsversteigerungsgesetz. Ist aber durch Landesgesetz gemäß § 13 Abs. 1 EG. z. ZVG. die Versteigerung ganz oder teilweise einer anderen Behörde oder einem Beamten oder einem Notar übertragen, so ist dieses auch für die Qualifikation entscheidend.

b) Über die Qualifikation des Gerichtsschreibers sind reichsrechtliche Vorschriften überhaupt nicht, über seine Stellung nur wenige vorhanden. Soweit ein Mangel besteht, sind die Landesgesetze maßgebend. Ist für die Versteigerung nicht das Gericht zuständig, dann ist die Zuziehung eines Gerichtsschreibers un-

möglich. Inwieweit ein Protokollführer, der die dem Gerichtsschreiber im Termine zugewiesenen Geschäfte wahrzunehmen hat, zuzuziehen ist, bestimmen wiederum die Landesgesetze. Durch den Gerichtsschreiber bezw. Protokollführer erfolgt die Aufnahme des Protokolles. Die Notwendigkeit seiner Zuziehung folgt sowohl aus § 163 ZPO. wie aus § 165 ZPO. (vgl. auch RG. 26. 11. 1888 in Jur. Woch. 1889 S. 34), in erster Linie jedoch aus § 165 (ebenso Reinhard 1, 404; v. d. Pfordten 222; Fischer-Schäfer 324; a. M. Jäckel 288). Die Nichtzuziehung hat die Ungültigkeit des Protokolles zur Folge. Der Richter darf das Protokoll niemals selbst aufnehmen. Der entgegengesetzten Ansicht von Reinhard 1, 404 (vgl. auch OLG. Dresden in Sächs. Ann. 25, 79), wonach trotz Zuziehung eines Gerichtsschreibers die Niederschrift durch den Richter zulässig sein soll, weil sie gesetzlich nicht verboten ist, kann nicht beigetreten werden. Denn einmal gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, wonach das gesetzlich nicht Verbotene erlaubt ist, und dann wäre ja auch der Gerichtsschreiber nichts weiter als Statist. Dieser ist nicht nur Hilfsorgan, sondern neben dem Richter persönlich verantwortlich, unter dessen Leitung und Aufsicht er als Urkundsperson das Protokoll führt. Daher hat er trotz einer gewissen Selbständigkeit sich den Weisungen des Richters zu fügen, soweit es sich um die äußere Form handelt, und muß sich auch ein Diktieren durch diesen gefallen lassen. Letzteres wird allerdings nicht oft vorkommen, da es die Verhandlung zu sehr aufhält, jedoch in manchen Fällen, besonders wenn es sich um den Wortlaut (z. B. von Beschlüssen) oder um einen nicht sichtbaren Vorgang, eine Ansicht des Richters (z. B. das Ergebnis eines Augenscheines) handelt, geradezu geboten sein.

c) Die Zuziehung eines Dolmetschers wird erforderlich, wenn unter Beteiligung von Personen verhandelt wird, welche der deutschen Sprache nicht mächtig oder taub oder stumm sind. Sie kann unterbleiben, wenn die Beteiligten (im Sinne des GVG.,

daher hier auch Bieter usw.) sämtlich der fremden Sprache mächtig sind (a. M. Schneider, der § 9 FGG. anwenden will, vgl. S. 7) und mit den tauben oder stummen Personen eine schriftliche Verständigung erfolgt (§§ 187, 188 GVG.). Bei taubstummen Personen ist die Zuziehung eines Dolmetschers ausgeschlossen, es muß vielmehr Frage und Antwort schriftlich geschehen. Der Dienst des Dolmetschers kann nach § 192 GVG. von dem (d. h. dem im Termine amtierenden) Gerichtsschreiber wahrgenommen werden, in welchem Falle es einer besonderen Beeidigung nicht bedarf. Wird dagegen eine andere Person als Dolmetscher tätig, so ist nach § 191 GVG. ihre Beeidigung oder die Berufung auf den von ihr für Übertragungen der betreffenden Art im allgemeinen geleisteten Eid erforderlich und zu beurkunden. Ein Verzicht auf Beeidigung seitens der Beteiligten ist unzulässig (Fischer-Schäfer 325; a. M. Schneider). Hinsichtlich der Ausschließung oder Ablehnung des Dolmetschers finden die entsprechenden Bestimmungen über Sachverständige Anwendung (§ 193 GVG.; a. M. Schneider). Im übrigen braucht im Protokolle nur vermerkt zu werden, daß und weshalb die Zuziehung eines Dolmetschers erfolgt ist.

d) Bei Ausführung des rechnerischen Teiles des Versteigerungstermines, insbesondere bei der Feststellung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen, kann der Richter sich der Hilfe eines Rechnungsverständigen bedienen, dessen Dienst von dem zugezogenen Gerichtsschreiber nebenher wahrgenommen werden kann. Eine Beeidigung des Rechnungsverständigen, welcher für Fehler in calculo unter Umständen solidarisch mit dem Richter nach § 839 BGB. haftet, ist nicht erforderlich.

4. Die Angabe des Terminszweckes (§ 159 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).

Sie erfolgt durch Bezeichnung der Rechtssache als einer Zwangsversteigerungssache. Anzugeben ist also, daß die Versteigerung eines bestimmten grundbuchmäßig, seiner Lage und

seinem eingetragenen Eigentümer nach zu bezeichnenden Grundstückes im Wege der Zwangsvollstreckung erfolge.

5. Den Aufruf der Sache.

Er findet innerhalb und außerhalb des Terminszimmers statt, entweder durch den Richter, welcher ihn zwar persönlich vornehmen kann, aber nicht muß, oder durch einen anderen Beamten (Gerichtsschreiber, Gerichtsdiener). Es ist Vorsorge zu treffen, daß er für jeden Interessenten vernehmlich wird (Mot. 193). Dies folgt begriffsnotwendig aus dem Worte selbst. Er zeigt den Beginn des Termines an, ist aber nicht ein Teil desselben. Reinhard 1, 404; Wolff 182 und Altmann 158 halten seine Angabe anscheinend für nötig, Jäckel 249 und Günther 87 für überflüssig. Letztere Ansicht verdient den Vorzug, weil der Aufruf im Gesetze nur beiläufig (vgl. § 66 ZVG.) erwähnt wird und seine Unterlassung keinen Zuschlagsversagungsgrund abgibt. Trotzdem wird man mit Jäckel 249 annehmen, daß es sich empfiehlt, aus dem Protokolle hervorgehen zu lassen, daß und zu welcher Zeit er erfolgt ist. Dies ist einmal von Wichtigkeit, wenn der Versteigerungstermin zu früh begonnen hat, dann aber auch für den Fall, daß in einem anderen Raume als dem ursprünglich bestimmten versteigert wird (vgl. auch S. 27, 28). Letzterenfalls muß der Aufruf sogar vor beiden Zimmern stattfinden, und es ist angebracht, auch dies im Protokolle zu vermerken.

6. Die Namen der erschienenen Beteiligten, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände (§ 159 Abs. 2 Nr. 4 ZPO.).

a) Wer Beteiligter ist, geht aus § 9 ZVG. hervor. Anzugeben sind die bei Aufruf der Sache „erschienenen" Beteiligten. Nicht erforderlich ist, daß sie sich „melden", wie Jäckel 288 und Fischer-Schäfer 325 meinen. Ihre Feststellung geschieht vielmehr, zumal es sich um ein Offizialverfahren handelt, von Amts wegen durch Befragung der Anwesenden seitens des Richters.

Auch genügt es nicht, wenn dieser allgemein auffordert, die „Beteiligten“ möchten sich melden, da die Anwesenden häufig gar nicht wissen, wer Beteiligter ist oder nicht. Dagegen ist es Sache der später erschienenen, sich ausdrücklich zu melden, wenn sie im Protokolle aufgeführt werden wollen. Der Richter ist nicht genötigt, einen jeden, der das Zimmer betritt, zu fragen, wer er ist und ob er zu den Beteiligten gehört. Ebensowenig braucht er von vorzeitiger Entfernung eines solchen Kenntnis zu nehmen (a. M. Gaupp-Stein 1, 400). Doch wird es zweckmäßig sein, dies zu tun, da die vorzeitige Entfernung eines als anwesend Aufgeführten für die Frage in Betracht kommen kann, ob stillschweigende Genehmigung eines Verfahrensmangels vorliegt. Die Angabe der Beteiligten erfolgt namentlich, zweckmäßig unter Angabe von Stand oder Gewerbe, Wohnort und Wohnung und unter Bezeichnung der Eigenschaft, in welcher sie beteiligt sind (z. B. Gläubiger oder Schuldner). Daß der Richter sich von der Persönlichkeit, Geschäftsfähigkeit usw. der Beteiligten und Bieter Gewißheit verschaffen muß, ist unbestritten (vgl. auch Pfordten 189). Streitig dagegen ist, ob auch beurkundet werden muß, daß und in welcher Weise er sich davon überzeugt hat. Im Gegensatze zu Pfordten 223 hält das LG. Dresden v. 28. 5. 1902 (in Busch 1904 32, 395) dies für unnötig, ja unmöglich und will nur in solchen Beziehungen besonders hervortretende Mängel beurkundet wissen. Diese Ansicht verdient den Vorzug. Zu den Vorgängen im Versteigerungstermine gehören eben eine Menge Tatsachen, die bei dem Schweigen des Protokolles ohne weiteres als gegeben vorausgesetzt werden können und müssen.

b) Kauflustige brauchen zunächst nicht einzeln aufgeführt zu werden. Es genügt die allgemeine Angabe, daß verschiedene Kauflustige erschienen seien. Ihre namentliche und genaue Bezeichnung wird erst erforderlich, wenn sie Gebote abgeben, und auch nur insoweit, als diese der Protokollierung bedürfen.

Übrigens steht aber nichts im Wege, Kauflustige, welche sich ausdrücklich melden und ihre Aufnahme in das Protokoll wünschen, schon von vornherein einzeln aufzuführen, wenn Bedenken nicht entgegenstehen oder die Aufnahme bei Lage der Verhältnisse sogar wünschenswert erscheint.

c) Von den gesetzlichen Vertretern, Bevollmächtigten und Beiständen gilt im allgemeinen das unter a) und b) Gesagte, je nachdem sie für bezw. neben Beteiligten oder Bietern auftreten. Sie sind nach der Art ihrer Vertretungsmacht zu bezeichnen. Auch ist es hier zweckmäßig, zu beurkunden, worauf diese beruht (Bestallungsurkunde, Vollmacht, Ermächtigung) und wodurch sich der Richter von ihrem Vorhandensein überzeugt hat. Wenn ein Anwalt als Substitut auftritt, wünscht Meyer 13 die Nennung des vertretenen Anwaltes, damit kein Zweifel entsteht, wer der eigentlich Bevollmächtigte ist.

7. Die Angabe, daß öffentlich verhandelt ist (§ 159 Abs. 2 Nr. 5 ZPO.).

Öffentlichkeit der Verhandlung bedeutet die Möglichkeit freien Zutrittes Unbeteiligter zum Verhandlungsraume. Öffentlichkeit ist nach § 170 GVG. vorgeschrieben für die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte. Aus dem Bestehen dieser Vorschrift überhaupt, sowie aus ihrer Fassung („erfolgt öffentlich", im Gegensatze zu § 128 ZPO.: „ist eine mündliche" = gehört zur Kategorie der mündlichen) geht hervor, daß grundsätzlich Ausschluß der Öffentlichkeit herrscht und daß es einer besonderen Bestimmung bedarf, wenn diese zulässig oder notwendig sein soll (vgl. auch § 952 Abs. 1 ZPO.). § 170 GVG. kann aber auf den Versteigerungstermin keine Anwendung finden, da das Versteigerungsgericht kein erkennendes Gericht ist. Trotzdem wird man annehmen müssen, daß die Verhandlung im Versteigerungstermine öffentlich stattfinden muß. Dies folgt aus der ganzen Natur des Versteigerungsverfahrens, dessen Zweck es gerade ist, möglichst hohe und günstige Gebote zu erzielen und damit einen

gerechten Ausgleich zwischen den Interessen von Gläubiger und Schuldner zu schaffen. Dazu ist aber Öffentlichkeit und zwar in weitestem Maße erforderlich (ebenso Freund 109 und Goslich im ZentrBl. 1905 735 f.; a. M. Badstübner 128). Wenn ferner bereits im Vorverfahren insofern Öffentlichkeit herrscht, als nach § 42 ZVG. die Einsicht der Mitteilungen des Grundbuchamtes, der erfolgten Anmeldungen und der etwa von Beteiligten eingereichten Nachweisungen, insbesondere von Abschätzungen, jedem ohne den Nachweis eines rechtlichen Interesses gestattet ist, so muß dies in erhöhtem Maße von dem Versteigerungstermine gelten, da jene Vorschrift ja sonst keine Bedeutung hätte. Goslich stützt die hier vertretene Auffassung auf § 170 GVG. insofern, als er sagt, diese Vorschrift setze nicht eine Verhandlung von „Parteien" vor dem erkennenden Richter (mündliche Verhandlung im Sinne des § 128 ZPO.) voraus; es genüge, daß Verhandlungen der Beteiligten überhaupt stattfänden; überdies schließe § 170 GVG. Öffentlichkeit für sonstige Verhandlungen nicht aus; schließlich sei auch nach den Mot. 218 die Anwendbarkeit des § 159 Abs. 2 Nr. 5 außer Zweifel gestellt. Letztere Bemerkung fordert zur Kritik heraus. Sie beweist die Behauptung mit der Behauptung. Die Mot. entscheiden gar nicht, ob die Verhandlung im Versteigerungstermine öffentlich stattfinden muß oder nicht, sondern halten mit den §§ 159 ff. ZPO. auch § 159 Abs. 2 Nr. 5 für „entsprechend" anwendbar, d. h. wenn anderweit feststeht, daß überhaupt Öffentlichkeit notwendig ist.

Das amtliche Formular unterläßt zu Unrecht die Angabe der Öffentlichkeit der Verhandlung, deren tatsächliches Vorliegen aber zu den Förmlichkeiten gehört und nach § 164 ZPO. nur durch das Protokoll bewiesen werden kann. Aus dem Fehlen der Angabe muß daher nach § 164 ZPO. geschlossen werden, daß die Verhandlung unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattgefunden hat. Ein eigentümliches, in seinen Folgen unübersehbares Ergebnis!

8. Die Verhandlungen und Entscheidungen über Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen und des Dolmetschers.

Maßgebend sind die Vorschriften der §§ 41—49 ZPO. und 193 GVG. Statt ihrer will Schneider (in Busch 1901 29, 102 ff.) die §§ 6 und 9 FGG. anwenden unter dem Hinweise, die Anwendung der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über Ablehnung führe zu Wunderlichkeiten, indem ein Beteiligter danach den ganzen Termin vereiteln könne.

Eine Ausschließung oder Ablehnung des Rechnungsverständigen ist nicht vorgesehen, auch nicht zulässig.

9. Die Bekanntmachung der das Grundstück betreffenden Nachweisungen, der das Verfahren betreibenden Gläubiger, ihrer Ansprüche, der Zeit der Beschlagnahme und der erfolgten Anmeldungen (§§ 160 Abs. 1 ZVO. und 66 Abs. 1 ZVG.).

a) Die Nachweisungen bestehen hauptsächlich in der beglaubigten Abschrift des Grundbuchblattes (Grundbuchauszug), etwaigen Mitteilungen des Grundbuchamtes, dem Katasterauszuge, dem Auszuge aus der Steuerrolle, dem Flurbuche, Besitzstandverzeichnisse, Brandkassenscheine und den von Beteiligten etwa eingereichten Abschätzungen und sonstigen Nachweisungen (z. B. Miet- oder Pachtverträge) usw. Sie sind nicht nur den Beteiligten, sondern auch den Kauflustigen bekannt zu geben. Die Bekanntmachung geschieht, damit eine Wertschätzung des Grundstückes möglich wird und die Grundlagen für eine richtige Feststellung des geringsten Gebotes übersehbar werden. Zwar sind die Nachweisungen nicht vorzulesen, aber es entspricht auch nicht der „vermittelnden, fördernden, ausgleichenden" Tätigkeit, welche das Gericht im Versteigerungstermine entfalten soll, die Bekanntmachung auf eine einfache Vorlegung zu beschränken. Vielmehr wird der Richter sie in ihrem wesentlichen Inhalte erläuternd zur Kenntnis zu bringen und die in ihnen enthaltenen Rechts-

verhältnisse klarzulegen haben. Im Protokolle ist nur die allgemeine Angabe erforderlich, daß die das Grundstück betreffenden Nachweisungen bekanntgemacht seien. Ihre Aufzählung im einzelnen erübrigt sich. Jäckel 249 hält die Bemerkung im Protokolle für empfehlenswert, daß sie nicht nur mündlich mitgeteilt, sondern auch zur Durchsicht vorgelegt seien.

b) Mitzuteilen sind nicht nur die das Verfahren betreibenden und fortsetzenden, sondern auch die beigetretenen Gläubiger, wobei die weitere Feststellung empfehlenswert ist, daß der zugunsten des bestberechtigten Gläubigers ergangene Beitrittsbeschluß dem Schuldner zwei Wochen vor dem Termine zugestellt ist, damit eine Prüfung möglich ist, welche Rechte in das geringste Gebot aufzunehmen sind.

c) Die Ansprüche dieser Gläubiger sind nach ihrer Höhe, damit berechnet werden kann, welche Summe zur Abwendung der Versteigerung notwendig ist, und nach ihrem Grunde anzugeben. Bei vollstreckbaren Urteilen wird jedoch die rechtliche Qualifizierung des Anspruches als Judikatforderung genügen und eine weitere Angabe des Schuldgrundes sich erübrigen.

d) Mitzuteilen ist von mehreren Beschlagnahmen auf jeden Fall die erste, sei es im gegenwärtigen Verfahren, sei es bei einer früher eingeleiteten Zwangsverwaltung, wenn letztere bis zur Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren fortgedauert hat. Die Angabe der ersten Beschlagnahme ist auch dann nötig, wenn der sie veranlassende Antrag erledigt ist, da sie auch in diesem Falle in mancher Beziehung entscheidend bleibt, z. B. dafür, welche Beträge wiederkehrender Leistungen als laufende und welche als rückständige anzusehen sind (§ 13 ZVG). Aber auch die ferneren Beschlagnahmen werden zweckmäßig anzugeben sein, wenngleich § 85 Abs. 2 des Entw. 1, wonach die Zeit der für einen jeden Gläubiger bewirkten Beschlagnahme bekannt zu machen war, keine Aufnahme in das Gesetz gefunden hat. Dies ist namentlich dann wichtig, wenn nach der Anordnung der

Versteigerung neue Rechte eingetragen sind und ein persönlicher Gläubiger beigetreten ist. Jede Beschlagnahme wird nun nach § 22 ZVG. sowohl mit dem Zeitpunkte wirksam, in welchem der die Zwangsversteigerung anordnende Beschluß dem Schuldner zugestellt wird, als auch mit dem Zeitpunkte, in welchem das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerkes dem Grundbuchamte zugeht, sofern auf das Ersuchen die Eintragung demnächst erfolgt. Von diesen Zeitpunkten ist aber nur der frühere anzugeben (ebenso Pfordten 190; a. M. Jäckel 250 und Reinhard 1, 354, welche beide bekanntgemacht wissen wollen).

e) Die erfolgte rechtzeitige (§ 43 ZVG.) und den gesetzlichen Vorschriften entsprechende (§§ 37—40 ZVG.) Bekanntmachung des Versteigerungstermines ist zwar vom Richter zu prüfen, ihre Feststellung braucht jedoch nicht beurkundet zu werden. Dagegen muß die Feststellung eines Mangels in dieser Beziehung und die Genehmigung oder Nichtgenehmigung eines Beteiligten, dem nicht gehörig oder nicht rechtzeitig zugestellt ist (§ 43 Abs. 2 ZVG.), protokolliert werden.

f) Zunächst werden die bereits erfolgten Anmeldungen bekanntgegeben und sodann neue entgegengenommen. Bei der Beurkundung des ersteren Vorganges genügt eine Bezugnahme auf die schriftliche Anmeldung, während neue Anmeldungen unter Angabe von Person, Betrag, Rechtsgrund der Forderung und beanspruchtem Range und unter Teilung in Kosten, Zinsen und Kapitel zu protokollieren sind. Die Bekanntgabe der Anmeldungen ist deshalb wichtig, weil solche darunter sind, die aus der beglaubigten Abschrift des Grundbuchblattes nicht hervorgehen, sei es, daß sie aus dem Grundbuche überhaupt nicht ersichtliche, sei es, daß sie erst nach Anordnung der Versteigerung eingetragene Rechte betreffen. In Betracht kommen Anmeldungen der Gläubiger, des Schuldners und Dritter, ganz gleich ob sie innerhalb oder außerhalb des geringsten Gebotes stehen: z. B.

Kündigungen (§ 54 ZVG.), Rechtshängigkeit des Anspruches aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grund- oder Rentenschuld (§ 325 Abs. 3 ZPO.), nicht eingetragene Abtretungen einer Briefhypothek, Rechte an einem das Grundstück belastenden Rechte, Entscheidung des zuständigen Gerichtes auf Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens überhaupt oder auf Einstellung hinsichtlich beweglicher Sachen auf dem Grundstücke, ferner Miet- und Pachtrechte, gesetzliche Verkaufsrechte, Grundgerechtigkeiten, Grenzstreitigkeiten und sonstige nicht eingetragene Rechte. Hinsichtlich der der Versteigerung entgegenstehenden Rechte genügt eine bloße Anmeldung nicht, sondern es ist ein Antrag auf Einstellung erforderlich (vgl. § 37 Nr. 5 ZVG. und Jur. Woch. 1900 S. 452). Während ferner im allgemeinen solche Rechte, die zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes aus dem Grundbuche ersichtlich sind, von Amts wegen bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt werden, ist dies nicht der Fall, wenn ein solches Recht nachträglich ungerechtfertigter Weise gelöscht worden ist; vielmehr ist seine Anmeldung nötig (vgl. Wolff im ArchZivPrax. 91, 372).

Widerspricht der Gläubiger (d. h. der betreibende oder beigetretene) einer Anmeldung, auch einer früheren, so ist dieses nebst den dazu ergangenen gerichtlichen Entscheidungen zu beurkunden. Es ist also anzugeben, ob die Anmeldung wegen Mangels der erforderlichen Glaubhaftmachung zurückgewiesen ist oder ob und mit welchen Mitteln letztere als erfolgt angesehen und ob daher der Widerspruch des Gläubigers zurückgewiesen ist. Dabei ist zu beachten, daß die zur Glaubhaftmachung geeigneten Beweismittel im Termin bereit gehalten werden müssen. Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft (§ 294 ZPO.). Als Beweismittel kommen z. B. Urkunden und Zeugenaussagen in Frage. Erstere sind im Protokolle zu bezeichnen, letztere niederzuschreiben.

Auch Widersprüche der Gläubiger gegen eine vom Gerichte

als gelungen angesehene Glaubhaftmachung werden gleichwie ihre sonstigen Erklärungen zu den Anmeldungen überhaupt zu beurkunden sein.

10. Die Feststellung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen und die Verlesung der erfolgten Feststellungen (§§ 160 Abs. 1 ZPO., 78 Satz 1, 66 Abs. 1 ZVG.).

Die Feststellung erfolgt nach Anhörung der anwesenden Beteiligten, deren Tatsache zu beurkunden ist. Es soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, die Verletzung der Vorschriften über Feststellung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen zu verhindern. Wird ein Rechnungsverständiger hinzugezogen und ist dieser zugleich der mitwirkende Gerichtsschreiber, so ist dessen Hilfe zu beurkunden. Die Notwendigkeit der Verlesung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen ergibt die Notwendigkeit seiner bezw. ihrer Aufnahme in das Protokoll. Auch die Verlesung selbst, welche nur den Zweck der Information der Anwesenden hat, ist zu beurkunden.

a) Die Feststellung des geringsten Gebotes, welches als Anlage zum Protokolle genommen werden kann, erfolgt unter Bezeichnung der einzelnen Rechte, sowohl der bestehen bleibenden wie der durch Barzahlung zu deckenden, und der Gerichtskosten. Maßgebend sind die §§ 44—48 ZVG. und § 8 EG. z. ZVG. Widersprüche der Beteiligten gegen die Festsetzung des geringsten Gebotes sind zu beurkunden (a. M. Riedner S. 105/6), insbesondere ein Widerspruch des betreibenden oder beigetretenen Gläubigers gegen die Aufnahme angemeldeter, aber nicht glaubhaft gemachter Rechte in dasselbe, ferner Widersprüche gegen Abänderungsanträge und diese selbst. Ist bei dieser Festsetzung ein Recht, z. B. eine Hypothek, fälschlicher Weise nicht berücksichtigt, so erlischt es, wenngleich es seinen Rang bei der Ver-

teilung des Erlöses behält (RG. v. 3. 12. 1904 in Jur. Woch. 1905 S. 93 f.).

b) Werden der Versteigerung die gesetzlichen Bedingungen zugrunde gelegt, so brauchen sie nicht einzeln im Protokolle angeführt oder verlesen zu werden; es genügt vielmehr der schriftliche Hinweis, daß die gesetzlichen maßgebend seien, und dessen Verlesung. Sie sind enthalten in den §§ 49—58 ZVG. Für Anträge auf besondere Feststellung oder Abänderung der Versteigerungsbedingungen kommen die §§ 59—65 ZVG. in Betracht. Zu protokollieren sind außer diesen Anträgen auch Zustimmung oder Nichtzustimmung eines dadurch beeinträchtigten Beteiligten, die Vornahme des Doppelausgebotes, d. h. daß einmal unter den gesetzlichen und einmal unter den veränderten Bedingungen angeboten ist, ferner sonstige Erklärungen und Gegenanträge der Beteiligten und Entscheidungen des Gerichtes dazu, endlich auch Gutachten Sachverständiger. Im einzelnen kommen z. B. in Frage: Anträge auf Ausschließung oder besondere Versteigerung oder sonstige Verwertung von Zubehörstücken, auf Ausgebot im ganzen, Verzichte auf Einzelausgebot, ferner Vereinbarungen über eine andere Höhe oder Art der Sicherheitsleistung, sowie darüber, daß Übergebote unter einer gewissen Summe nicht zulässig seien, usw. Nicht protokollierte mündliche Erklärungen des Versteigerungsrichters im Termine, daß ein eingetragenes Recht erlösche und das Grundstück frei von ihm auf den Ersteher übergehe, sind dagegen ohne rechtliche Erheblichkeit (vgl. OLG. Breslau v. 5. 10. 1901 in Rechtspr. 3, 339).

c) Werden das geringste Gebot oder die Versteigerungsbedingungen nach ihrer Feststellung und Verlesung nochmals geändert (vgl. dazu Jäckel 250; Reinhard 1 S. 355/6; Fischer-Schäfer 297; Pfordten 190; Kretzschmar 124; Niedner S. 106, 115; Badstübner 124; Betzinger S. 237/8 und Freund S. 84/5), so ist auch eine Beurkundung dieser Änderungen und deren Verlesung erforderlich.

11. Den Hinweis auf die bevorstehende Ausschließung weiterer Anmeldungen und die Aufforderung zur Abgabe von Geboten (§§ 160 Abs. 1 ZPO., 78 Satz 1, 66 Abs. 2 ZVG.).

a) Es handelt sich um die Ausschließung solcher Anmeldungen, die zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Rechte betreffen und bei Nichtanmeldung den Nachteilen des § 37 Nr. 4 ZVG. unterliegen. Erfolgt nach diesem Hinweise, aber noch vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten eine Anmeldung oder Glaubhaftmachung, so ist sie zu berücksichtigen, weil die Aufforderung der entscheidende Zeitpunkt ist. Hat sie eine Veränderung des geringsten Gebotes oder der Versteigerungsbedingungen zur Folge, so ist außer deren nochmaliger Verlesung ein nochmaliger Hinweis und die Beurkundung alles dessen erforderlich. Hat sie dagegen eine Veränderung nicht zur Folge, so erübrigt sich auch ein nochmaliger Hinweis. Erfolgen nach dem Hinweise keine Anmeldungen oder Glaubhaftmachungen mehr, so ist auch ein diesbezüglicher Hinweis empfehlenswert.

b) Der Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Geboten ist nach Stunde und Minute genau anzugeben, weil nach § 73 Abs. 1 Satz 1 ZVG. zwischen ihm und dem Schlusse der Versteigerung mindestens eine Stunde liegen muß und die Verletzung dieser Vorschrift nach § 83 Nr. 7 ZVG. die Versagung des Zuschlages zur Folge hat. Die Feststellung der Zeit erfolgt gewöhnlich nach der Gerichtsuhr. Es ist unschädlich, wenn die Zeitangabe objektiv falsch ist, wenn nur die Stunde gewahrt ist. Mit der Aufforderung zur Abgabe von Geboten tritt der Ausschluß weiterer Anmeldungen von selbst und kraft Gesetzes ein. Trotzdem sind etwaige nachträgliche Anmeldungen zu protokollieren, da sie, wenngleich nicht für die Versteigernng, so doch für die Verteilung des Erlöses als ein für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommender Vorgang von Bedeutung sein können.

12. Die abgegebenen Gebote, Erklärungen der Beteiligten und Bieter und gerichtlichen Entscheidungen dazu (§ 78 ZVG.).

a) Nicht alle Gebote brauchen protokolliert zu werden, zumal sie häufig so schnell aufeinander folgen, daß dieses schwer durchführbar ist. Es wird zulässig sein, daß der Richter die Gebote zunächst mündlich entgegennimmt und durch eine Handnotiz einstweilen festlegt, bis die Notwendigkeit der Protokollierung beurteilt werden kann. Eine einstweilige Festlegung ist aber unter allen Umständen geboten, weil sich nicht voraussehen läßt, ob überhaupt ein Übergebot erfolgen und ob es wirksam sein wird. Es genügt dann, daß nur dasjenige Gebot beurkundet wird, durch welches die übrigen erledigt werden. Daher brauchen auch Gebote, die sofort durch ein nicht beanstandetes Übergebot unwirksam gemacht oder aus irgend einem Grunde ohne Widerspruch sofort zurückgewiesen werden, nicht protokolliert zu werden. Dagegen müssen außer dem Meistgebote noch solche beurkundet werden, denen ein Beteiligter sofort widersprochen hat, die unter sofortigem Widerspruche des Bieters oder eines Beteiligten zurückgewiesen sind, und das diesen vorhergehende zugelassene und ohne Widerspruch gebliebene Gebot.

b) Die Zulassung eines Gebotes erfolgt im allgemeinen formlos stillschweigend. Sie findet ihren Ausdruck in der vorbehaltlosen Aufnahme desselben in das Protokoll. Außer dem Gebote, das durch mündliche Erklärung gegenüber dem Richter unter Nennung der Geldsumme (Zahl) abgegeben wird, ist auch die Person des Bieters anzugeben und zwar bei den für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Geboten besonders genau nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort.

Die Zurückweisung eines Gebotes kann die verschiedensten Gründe haben. Diese sind ebenfalls anzugeben. In Betracht kommen hauptsächlich unzulässige (bei denen die Notwendigkeit einer Zurückweisung von Günther 95 bestritten ist) und un-

wirksame Gebote. Die Ursachen für die Unzulässigkeit eines Gebotes sind absoluter Natur. Dahin gehören z. B. Gebote, welche das geringste Gebot nicht erreichen oder sich nicht innerhalb der Versteigerungsbedingungen halten, Gebote mit Einschränkungen, Zusätzen usw. Die Zulässigkeit schriftlicher Gebote ist streitig (vgl. dazu KB. 118/9, Fischer-Schäfer 305; Reinhard 1, 374; v. d. Pfordten 202; Kretzschmar 125; Krech-Fischer 238; Altmann 139; Wolff 159). Ebenso streitig ist die Wirkung gleichzeitig abgegebener, gleich hoher Gebote (vgl. dazu Jäckel 274; Fischer-Schäfer 328; v. d. Pfordten 228; Altmann 161; Niedner 125; ferner Betzinger 255; Samter 114; Wolff 186; ferner Reinhard 1, 375; Krech-Fischer 238; ferner Kretzschmar 126; Badstübner 142) und gemeinschaftlicher Gebote (vgl. dazu Jäckel 266 und Lindemann 104 und in Gruchot 48, 93 ff.). Über nicht in Reichswährung abgegebene Gebote vgl. Wolff 167. Die Ursachen für die Unwirksamkeit eines Gebotes sind dagegen relativer Natur und in der Person des betreffenden Bieters begründet. Dahin gehören z. B. Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit, Fehlen der Zustimmung eines anderen (Vormund, Vormundschaftsgericht), Mangel der Fähigkeit, das Grundstück zu erwerben, Mangel der Vertretungsmacht, der erforderlichen Sicherheitsleistung, Willensmängel usw. Namentlich die beiden letzten Gründe verdienen eine genauere Beachtung.

c) Wird Sicherheit verlangt, so ist zu beurkunden, daß, von wem und ob event. die Sicherheit des § 68 Abs. 2, 3 ZVG. verlangt worden ist. Das Gericht hat über das Verlangen sofort zu entscheiden, ebenso wie dieses sofort nach Abgabe des Gebotes zu stellen ist. Welche grundverschiedenen Auslegungen das Wort „sofort" in der Literatur gefunden hat, darüber vgl. Meyerhoff 266; Reinhard 1, 379; Jäckel 261; Badstübner 122; Fischer-Schäfer 300; Niedner 110. Die Entscheidung des Gerichtes erstreckt sich auf Rechtzeitigkeit und

Zulässigkeit des Verlangens und bejahenden Falles Höhe der Sicherheit. Die Entscheidung und die Tatsache ihrer Verkündung ist zu beurkunden.

Wird die Sicherheitsleistung für notwendig erklärt und die Sicherheit geleistet, so ist im Protokolle zu bemerken, daß überhaupt, daß rechtzeitig, von wem und in welcher Höhe sie erfolgt ist und worin sie besteht, im Streitfalle auch, daß sie nach Ansicht des Gerichtes ausreichend ist. Geschieht sie durch Verpfändung beweglicher Sachen, so ist außer deren Übergabe die mündliche Verpfändungserklärung festzustellen. Das Gleiche gilt von Vereinbarungen zwischen dem Antragsteller und dem Bieter über eine andere Art oder geringere Höhe der Sicherheit und von der Rücknahme des Sicherheitsverlangens überhaupt. Wo die Landgesetze von § 10 Nr. 2 EG. z. ZVG. Gebrauch gemacht und die Sicherheitsleistung durch Stellung eines Bürgen gestattet haben (vgl. z. B. Art. 10 PrAG. z. ZVG.), ist im Protokolle die mündlich erfolgende Bürgschaftserklärung und der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu vermerken. Wird der Bieter im Laufe des Termines von seiner Verpflichtung frei und erhält er die geleistete Sicherheit zurück, so ist die Rückgabe nebst der Erklärung des Bieters, daß er alles zurückerhalten habe, zu beurkunden. Am Schlusse des Termines muß sich daher aus dem Protokolle ergeben, welche Sicherheitsleistungen in den Händen des Gerichtes verblieben sind.

Erfolgt dagegen die für erforderlich erklärte Sicherheitsleistung nicht oder nicht sofort oder in unzureichender Weise, so ist der Vorgang und die daraufhin vorgenommene Zurückweisung des Gebotes mit allen in Betracht kommenden Einzelheiten zu protokollieren, desgleichen im Widerspruch des Bieters gegen diese Zurückweisung (vgl. auch KG. v. 19. 9. 1902 in Seuff. Arch. 58, 86), welcher sofort zu erfolgen hat (vgl. dazu OLG. Karlsruhe v. 3. 9. 1902 in ZentrBl. 3, 428/9). Hält aber nicht das Gericht, sondern der Antragsteller die Sicher-

heitsfrage noch nicht für gelöst, z. B. weil er die Sicherheit für nicht rechtzeitig geleistet oder für zu niedrig hält, und erhebt er Widerspruch, so ist auch dieser Vorgang nebst den vom Antragsteller vorgebrachten Gründen zu beurkunden.

Lehnt das Gericht endlich das Sicherheitsverlangen überhaupt und zwar unter Widerspruch des Antragstellers ab, leistet der Bieter aber trotzdem freiwillig Sicherheit, um zu vermeiden, daß infolge Aufhebung der ablehnenden Entscheidung in der Beschwerdeinstanz sein Gebot zurückgewiesen werde, so ist auch dieser Vorgang protokollarisch festzustellen.

d) Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Willensmängel (§§ 116 ff.) finden auch auf die im Versteigerungstermine abgegebenen Erklärungen der Beteiligten und Bieter Anwendung. In Frage kommt besonders der Irrtum (vgl. dazu und über die Wirkungen der Anfechtung u. a. RG. 54, 308; Reinhard im ZentrBl. 1903 S. 147; Lindemann in Gruchot 48, 93; Schneider in Busch 31, 292; ZentrBl. 1905 S. 21 bis 23; vgl. dagegen OLG. Hamburg v. 11. 10. 1902 in Seuff. Arch. 58, 93). Werden solche Willensmängel geltend gemacht, dann sind die Erklärungen, auf die sie sich beziehen, auf jeden Fall zu beurkunden. Ist z. B. ein Gebot wegen Irrtumes sofort angefochten worden, so ist es selbst dann zu protokollieren, wenn das Gericht den Irrtum für erheblich hält und deshalb das Gebot zurückweist, damit die widersprechenden Beteiligten die Möglichkeit haben, in der Beschwerdeinstanz eine Nachprüfung der Erheblichkeit des Irrtumes herbeizuführen (vgl. auch OLG. Dresden v. 9. 9. 1903 im ZentrBl. 1904 S. 215). Die Notwendigkeit der Beurkundung besteht auch dann, wenn der Irrtum im Termine nur zur Sprache gelangt, ganz gleich ob eine Anfechtung erfolgt oder nicht. Damit deren Rechtzeitigkeit, auch wenn sie erst später erfolgt, nachgeprüft werden kann, ist eine Angabe der Erklärung des Bieters, daß er sich geirrt habe, und einer event. Anfechtung jedenfalls geboten (vgl. auch OLG. Königs-

berg v. 8. 1. 1902 in Rechtspr. 1902 S. 159 und Peiser in Busch 31, 399). Eine schon im Versteigerungstermine mögliche Anfechtung wird aber nicht, wie Schneider in Busch 31, 291 meint, durch Nichtprotokollierung der sie begründenden Umstände, sondern höchstens durch mangelnde rechtzeitige Geltendmachung verloren gehen.

13. Die Feststellung, daß die Versteigerung so lange fortgesetzt ist, bis der Aufforderung des Gerichtes ungeachtet ein Gebot nicht mehr abgegeben ist, die Feststellung der mittelst dreimaligen Aufrufes erfolgten Verkündung des letzten Gebotes und der Verkündung des Schlusses der Versteigerung (§§ 160 Abs. 1 und 2 Nr. 5, 6 ZPO., 78 Satz 1 73 ZVG.).

Es ist also festzustellen, daß zum Weiterbieten aufgefordert, aber kein Gebot daraufhin mehr abgegeben ist, daß ferner N mit einem Gebote von x Mk. Meistbietender geblieben und daß dieses Gebot mittelst dreimaligen Aufrufes verkündet ist, daß endlich dann der Schluß der Versteigerung verkündet ist. Das amtliche Formular bringt dagegen fälschlicher Weise eine andere Reihenfolge, nämlich zunächst die Feststellung des letzten Gebotes und dessen dreimaligen Aufrufes und dann den Vermerk, daß ungeachtet der Aufforderung des Gerichtes ein weiteres Gebot nicht abgegeben ist. Von einem letzten Gebote kann man aber erst sprechen, wenn die Aufforderung erfolglos geblieben ist, nicht jedoch schon vor dieser. Erfolgen aber nach der Aufforderung noch Gebote, was unbedingt zulässig ist, dann muß nach der im amtlichen Formulare zum Ausdrucke gekommenen Ansicht immer wieder eine Feststellung und ein dreimaliger Aufruf des letzten Gebotes geschehen. Dies fällt aber bei richtiger Reihenfolge der Begebenheiten fort. Die Fassung des Formulares kann aber ferner noch den Irrtum erwecken, als sei zwischen dem Aufrufe des letzten Gebotes und dem Schlusse der Ver-

steigerung eine Aufforderung des Gerichtes zum Weiterbieten erforderlich. Dafür ist aber nirgends ein Anhalt gegeben (vgl. auch Goslich im ZentrBl. 1905 S. 736).

Die Verkündung des letzten Gebotes muß auch den Namen des Bieters umfassen, denn ein Gebot ist von rechtlicher Bedeutung nur in Beziehung auf die Person, welche es abgibt (Mot. 212). Bei Ausgebot unter mehreren Bedingungen oder mehrerer Grundstücke ist das bei jeder Art der Ausbietung letzte Gebot zu verkünden und zu beurkunden.

Vor der Verkündung des Schlusses der Versteigerung muß ein gewissenhafter Richter nochmals prüfen, ob die Anträge und sonstigen Vorgänge der bisherigen Verhandlung vollzählig protokolliert sind, und, sofern dies bisher unterblieben sein sollte, das Versäumte mit Rücksicht auf § 80 ZVG. nachholen. Die Beteiligten aber müssen ihrerseits darauf achten, daß alle Vorgänge, die mit rechtlicher Wirksamkeit nur bis zum Schlusse der Versteigerung möglich sind und an deren Beurkundung sie ein Interesse haben, jetzt protokolliert werden.

Die Verkündung des Schlusses der Versteigerung ist genau nach Stunde und Minute anzugeben, damit die Beobachtung des § 73 Abs. 1 Satz 1 ZVG. ersichtlich wird. Da ein Verstoß gegen diese Bestimmung zur Versagung des Zuschlages führt, ist es, wie Wolff 173/4 mit Recht bemerkt, Pflicht des Richters und Gerichtsschreibers, jeden Umstand in das Protokoll aufzunehmen, der in tatsächlicher Beziehung für die Frage, ob den Vorschriften des § 73 Abs. 1 ZVG. genügt ist, in Betracht kommen kann. Wird die mindestens einstündige Dauer des Versteigerungsgeschäftes unterbrochen, so kann die Zeit der Unterbrechung, welche zu beurkunden ist, in diese Dauer nicht eingerechnet werden (vgl. auch LG. Dresden vom 22. 1. 1901 in Busch 30, 149 und ZentrBl. 3, 473).

Unter welchen Voraussetzungen eine Wiederaufnahme der Versteigerung nach Schluß zulässig ist, darüber gehen die

Meinungen auseinander. Jäckel 271; Kretzschmar 136; Betzinger 246 und Günther 99 halten sie nur bei Zustimmung aller Beteiligten und des Meistbieters, Reinhard 1, 385 dagegen schon bei Zustimmung der anwesenden Beteiligten und des Meistbieters für zulässig. Noch weiter geht unter Berufung auf § 156 ZPO. Meyerhoff 269, nach dessen Ansicht der Richter allein gegebenenfalls die Versteigerungsverhandlung wiedereröffnen kann.

14. Die Anhörung der anwesenden Beteiligten nach dem Schlusse der Versteigerung über den Zuschlag (§§ 160 Abs. 1 ZPO., 78, 74 ZVG.).

Zweckmäßig ist nicht eine bloße Anhörung, sondern eine direkte Aufforderung, sich über den Zuschlag zu erklären. Auch ist es rätlich, außer Beteiligten wenigstens noch den Ersteher und die Bieter anzuhören, deren Gebote noch nicht erloschen sind. Über eine Anhörung des anwesenden Mieters oder Pächters vgl. Burchard in Busch 32, 119/20. Die Erklärungen, die in diesem Abschnitte des Verfahrens abgegeben werden, sind durchweg von Wichtigkeit und daher regelmäßig zu beurkunden. Werden keine abgegeben, so ist diese Tatsache zu vermerken. Erklärt sich ein Beteiligter ausdrücklich mit der Erteilung des Zuschlages einverstanden, so ist seine positive Zustimmung und nicht die Tatsache der Nichterhebung eines Widerspruches zu protokollieren. Besteht Streit über die Erteilung des Zuschlages, so ist darauf zu sehen, daß das ganze in Betracht kommende Sachverhältnis nebst den gestellten Anträgen aufgenommen wird. Die Nichterhebung von Widerspruch gegen die Zuschlagserteilung, das bloße Stillschweigen, kann aber nicht als Genehmigung eines fehlerhaften Verfahrens gelten (vgl. OLG. Frankfurt vom 25. 8. 1901 in ZentrBl. 3, 631). Vielmehr muß ein gewisses aktives Verhalten hinzukommen, damit im konkreten Falle auf eine solche geschlossen werden kann (a M. Niedner 117); Tatsachen, welche auf ein Verhalten dieser Art hinweisen, können

beurkundet werden (vgl. auch Badstübner 127/8). In dem positiven Einverständnisse jemandes mit der Zuschlagserteilung liegt jedoch auch zugleich stillschweigend die Genehmigung, welche die §§ 43 Abs. 2, 84 Abs. 1 ZVG. erwähnen (vgl. Autenrieth in Els. Lothr. Not. Z. 1904, 260 und KG. v. 10. 3. 1905 in KGBl. 16, 40). Wenngleich in diesem Abschnitte des Verfahrens keine Wahrnehmungen von Rechten, die bis zu einem bestimmten Zeitpunkte geltend gemacht werden mußten, mehr möglich sind, so ist doch aber andererseits das Vorbringen der Beteiligten nicht nur auf Tatsachen und Beweismittel, die zur Ergänzung von Protokollangaben dienen, und rechtliche Erörterungen beschränkt. Vielmehr kommen außer Verzichten auf Fristen und Zustellungen, außer Genehmigungen von Fehlern, die bei Feststellung des geringsten Gebotes gemacht sind, usw. auch neue Anträge und Erklärungen zur Beurkundung. Dahin gehören z. B. Anträge und Erklärungen nach § 64 Abs. 2 ZVG., ferner die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebote nebst Verpflichtungsübernahme, wobei letzterenfalls das zugrunde liegende oder später eintretende obligatorische Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar nicht protokolliert zu werden braucht (Jäckel 296), ferner die Erklärung des Meistbietenden, daß er für einen anderen geboten habe, usw. Bei Anträgen nach § 85 ZVG. ist das ganze Sachverhältnis mit allen Einzelheiten zu beurkunden, damit das Beschwerdegericht sehen kann, ob der Antragsteller allen Voraussetzungen genügt hat. Dies gilt besonders von der Übernahme der Schadensersatzpflicht und der Sicherheitsleistung, deren Annahme auch dann nicht abgelehnt werden darf, wenn der Richter den Antrag für unzulässig hält. Aufrechnungserklärungen, die von einem Bieter für den Fall abgegeben werden, daß er Ersteher und als solcher Grundschuldner werden sollte, bedürfen, weil sie ungültig sind (vgl. RG. v. 16. 9. 1903 in ZentrBl. 4, 256), nicht der Protokollierung.

15. Die Verkündung der Entscheidung über

den Zuschlag oder des sofort dafür zu bestimmenden Termines (§§ 160 Abs. 1 und 2 Nr. 5, 6 ZPO., 78 Satz 1, 87 ZVG.).

Die Entscheidung über den Zuschlag kann nur auf Erteilung oder Versagung desselben gehen, wenn sie nach dem Schlusse der Versteigerung erfolgt. Kommt es nicht dazu, dann muß das Protokoll ersehen lassen, wie der Termin endigte, ob durch Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens oder durch Aufhebung des Versteigerungstermines.

In diesem Stadium sind z. B. zu protokollieren Anträge nach §§ 77 Abs. 2, 94 Abs. 1 ZVG. und Erklärungen nach § 91 Abs. 2 ZVG. Hinsichtlich letzterer vgl. auch Lafrenz im Sächs. Arch. 12, 74 ff. und anscheinend abweichend Flachs im ZentrBl. 4, 615 ff.

Im übrigen sei noch auf die §§ 184, 185 GVG. hingewiesen.

16. Die Vorlesung oder Vorlegung des Protokolles, die Genehmigung desselben oder etwaige Einwendungen (§ 162 ZPO.).

a) Die Vorlesung oder Vorlegung des Protokolles ist obligatorisch, wie auch dem Worte „ist" = „muß" hervorgeht, und nicht instruktionell (vgl. auch Meyer in Gruchot 27, 311; a. M. BOLG. v. 10. 4. 1883 in Seuff. Arch. 39, 208/9). Sie wird durch lautes Diktieren nicht ersetzt, da weder sicher ist, daß der Gerichtsschreiber richtig nachgeschrieben hat, noch daß die Beteiligten dem Diktate gefolgt sind. Findet eine Vorlegung zur Durchsicht statt, so muß sie sämtlichen Beteiligten einzeln gewährt werden, wenn sie die Vorlesung überflüssig machen soll. Trotz ihrer Gegenüberstellung erscheint es aber zulässig, beide zusammen vorzunehmen.

b) Vorzulesen bezw. vorzulegen ist den Beteiligten. Dies sind nicht nur die Beteiligten im technischen Sinne des ZVG. (§ 9 ZVG.), sondern es gehören dazu auch der Ersteher, die

Bieter sowie sonstige Personen, welche im Termine handelnd aufgetreten sind. Sind keine mehr anwesend, dann kann die Vorlesung bezw. Vorlegung unterbleiben.

c) Vorzulesen bezw. vorzulegen sind ferner nur die über das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen getroffenen Feststellungen und die die Nr. 1—4 des § 160 Abs. 2 ZPO. betreffenden Angaben, nicht dagegen das ganze Protokoll. Insoweit dieses verlesen werden muß, gilt das auch für die Anlagen. Günther 103 und Reinhard 1, 406 halten dagegen eine Verlesung nur nach Maßgabe des § 66 Abs. 1 ZVG. für vorgeschrieben. Dies ist ebenso unrichtig wie Wenz-Wagner 113 und Meyerhoff 275/6, nach deren Ansicht anscheinend die Verlesung des ganzen Protokolles nötig ist. Gleichwohl erscheint eine solche Verlesung zweckmäßig, da es fast stets schwierig sein wird, bei der Kürze der Zeit alle die einzelnen Angaben, welche verlesen werden müssen, von den übrigen zu trennen, ohne die Verhandlung zu sehr in die Länge zu ziehen. In Betracht kommt auch, daß § 78 ZVG. eine Ergänzung des § 160 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. bedeutet und daß die meisten Vorgänge im Termine zu denen des § 78 ZVG. gehören, so daß in Wirklichkeit nur wenig übrig bliebe, was nicht verlesen zu werden brauchte.

d) Was die Zeit der Verlesung anlangt, so geht hinsichtlich des über die mündliche Verhandlung aufzunehmenden Potokolles die herrschende Ansicht dahin, daß die Verlesung sofort, nachdem die einzelne Erklärung oder Aussage beurkundet ist, jedenfalls aber vor dem Schlusse der Verhandlung zu erfolgen hat (vgl. Gaupp-Stein 1, 401; Seuffert 1, 239; Freudenthal 154). Dies muß in erhöhtem Maße auch für das Versteigerungsprotokoll gelten. Die über das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen getroffenen Feststellungen sind sofort zu verlesen. Das folgt aus dem Zwecke, der mit dieser Verlesung beabsichtigt wird, und aus der Fassung des § 66 Abs. 2

ZPO. (Nachdem dies geschehen usw.) Aber auch die die Nr. 1 bis 4 des § 160 Abs. 2 ZPO. betreffenden Feststellungen sind sofort, nachdem die darin benannten Vorgänge sich ereignet haben, jedenfalls aber vor dem Zeitpunkte zu verlesen, bis zu welchem diese Vorgänge mit rechtlicher Wirksamkeit geschehen können (z. B. die für das geringste Gebot in Frage kommenden Anmeldungen vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten, ferner Gebote vor dem Schlusse der Versteigerung usw.) Das geht hinsichtlich aller jener Vorgänge aus dem Zwecke der Verlesung hervor, welcher darin besteht, die Beteiligten auf das Protokollierte aufmerksam zu machen und ihnen Gelegenheit zu geben, die Nichtaufnahme oder unrichtige Aufnahme eines Vorganges zu rügen, hinsichtlich der für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommenden Vorgänge aber noch besonders aus § 80 ZVG. Indem danach bei dieser Entscheidung aus dem Protokolle nicht ersichtliche Vorgänge im Termine unberücksichtigt bleiben müssen, haben die Beteiligten keine Möglichkeit, auf Fehler im Protokolle aufmerksam zu machen, wenn die Entscheidung ergeht, ohne daß jenes verlesen ist. Eine nachträgliche Verlesung ist aber ohne jede Bedeutung (a. M. Fischer-Schäfer 325), selbst für die Beschwerdeinstanz. Das Gleiche gilt auch dann, wenn die Entscheidung nicht sofort, sondern erst in einem späteren Termine fällt. Allerdings findet in diesem Falle die Verlesung auf jeden Fall vorher statt. Gleichwohl wird man annehmen dürfen, daß es für die hier erörterte Frage ohne Belang ist, wenn die Zuschlagsentscheidung später getroffen wird, zumal dies regelmäßig aus anderen Gründen geschieht, als wie sie hier vorliegen. Denn diese Entscheidung baut sich stets auf der Grundlage auf, die sich am Schlusse der Versteigerung ergibt. Zwar können noch nach diesem Zeitpunkte sich Vorgänge ereignen, die, wenn sie beurkundet werden, bei der Entscheidung berücksichtigt werden müssen. Hinsichtlich dieser Vorgänge haben die Beteiligten sogar die Möglichkeit, ihre nachträgliche Beurkundung mit Rechtswirk-

samkeit zu verlangen, wenn die Zuschlagsentscheidung nicht im Versteigerungstermine erteilt wird und bei der am Schlusse desselben etwa stattfindenden Verlesung des Protokolles sich die Nichtaufnahme ergibt. Nicht ist dies aber der Fall mit den Vorgängen, die mit Rechtswirksamkeit nur bis zum Schlusse der Versteigerung geschehen können. Es kann daher wohl z. B. eine Abtretung der Rechte aus dem Meistgebote, nicht aber ein Gebot nachträglich beurkundet werden, wenn, ohne daß die Zuschlagsentscheidung ergangen ist, bei einer am Schlusse des Termines stattfindenden Verlesung ihre irrtümliche Nichtaufnahme bemerkt wird. Dem steht auch § 87 Abs. 3 ZVG. nicht entgegen, da die dort genannten Tatsachen und Beweismittel nur solche sind, welche sich auf protokollierte Vorgänge beziehen, oder, wie z. B. die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebote, noch nachträglich mit Wirksamkeit vorgebracht werden können.

e) Aus der Notwendigkeit der Verlesung des größten Teiles des Protokolles geht hervor, daß dieser Teil noch im Versteigerungstermine abzufassen ist. Die Gültigkeit dieses Satzes ist, wenigstens soweit es sich um das über die mündliche Verhandlung aufzunehmende Protokoll handelt, streitig. Während nach Reincke 168 die Aufnahme noch in der Sitzung zu bewirken ist, da eine nachträgliche Anfertigung aus gemachten Notizen nicht dem Gesetze entspreche, halten Struckmann-Koch 188 und Seuffert 1, 238 die Aufnahme in der Verhandlung zwar für die Regel, aber notwendig nur insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 160 Abs. 2 ZPO. betrifft, also verlesen werden muß. Nach Struckmann-Koch kann diese Verlesung sogar auf Grund von Handnotizen erfolgen. Noch weiter geht das BOLG. v. 10. 4. 1883 in Seuff. Arch. 39, 208/9, welches, indem es die Verlesung nicht als obligatorisch, sondern nur instruktionell ansieht, eine nachträgliche Anfertigung in vollem Umfange zuläßt.

Dem kann jedoch für das Versteigerungsprotokoll nicht beigetreten werden. Schon nach dem klaren Wortlaute des § 162

ZPO. ist das „Protokoll" (also nicht etwa andere Aufzeichnungen) zu verlesen. Dazu kommt, daß bei Nichtaufnahme eines Protokolles im Termine nach § 83 Nr. 6 ZVG. die Entscheidung über den Zuschlag nur auf Versagung desselben lauten könnte. Denn wenn nach § 80 ZVG. schon aus dem Protokoll nicht ersichtliche Vorgänge im Termine bei jener Entscheidung unberücksichtigt bleiben müssen, so muß dies um so mehr der Fall sein, wenn ein solches überhaupt nicht aufgenommen, mithin gar kein Vorgang ersichtlich ist. Hinsichtlich der Aufnahme oder Nichtaufnahme einzelner Vorgänge und der Zeit dieser Aufnahme sind die unter d für die Verlesung entwickelten Regeln analog anzuwenden, da Protokollierung und Verlesung von einander abhängen.

f) Tritt man nun den obigen Ausführungen bei, dann ist die Verlesung der letzte Zeitpunkt, bis zu dem Einwendungen gegen den Inhalt des Protokolles zulässig sind. Die Einwendungen dieser Art, über deren materielle Bedeutung § 162 ZPO. keine Bestimmungen enthält, sind rein prozessualer Natur (vgl. auch Wach in Busch 1900 27, 10). Sie sollen dem Richter nur Gelegenheit geben, die Richtigkeit des Protokollinhaltes nachzuprüfen. Aus der Fassung des § 162 Satz 2 geht aber hervor, daß die schließliche Feststellung des Protokolles unabhängig von der Genehmigung der Beteiligten in der Hand des Gerichtes liegt. Da ferner das Protokoll eine amtliche Konstatierung des Gerichtes ist, so ist es für die formelle Gültigkeit und Beweiskraft belanglos, ob die Beteiligten es genehmigen oder beanstanden (Gaupp-Stein 1, 401; a. M. Struckmann-Koch 188 und Meyer in Gruchot 27, 311). Selbst wer das Protokoll genehmigt hat, kann dennoch zum Beweise dafür, daß er eine beurkundete Erklärung in Wirklichkeit nicht abgegeben habe, zugelassen werden (vgl. RG. v. 28. 2. 1902 50, 420). Die Beteiligten und alle anderen Personen, welche im Termine tätig geworden sind (z. B. der Bürge bei Sicherheitsleistung durch

Bürgschaft), nicht nur der Meistbietende und die das Erloschensein ihres Gebotes bestreitenden Bieter, wie Jäckel 289 meint, sind berechtigt, zu verlangen, daß die Verweigerung ihrer Genehmigung des Protokolles und deren Grund festgestellt werde. Namentlich dann sind ihre Einwendungen von Wichtigkeit, wenn sie die Nichtaufnahme eines Vorganges in das Protokoll rügen. Dagegen ist der Nachweis der objektiven Unrichtigkeit des Protokollinhaltes noch nach dem Abschlusse des Protokolles zulässig, auch hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung.

g) Die Verlesung des Protokolles ist derart wesentlich (vgl. auch unter a), daß ihre Unterlassung dasselbe, wenngleich nicht ungültig macht, so doch seiner Beweiskraft als öffentlicher Urkunde entkleidet. Dagegen ist sie nicht Bedingung für die Gültigkeit einer protokollierten rechtsgeschäftlichen Erklärung (vgl. auch Gruchot 28, 1102 und Denkschr. z. FGG. 86). Ob endlich das Recht, eine Verletzung des § 162 ZPO. zu rügen, nach § 295 ZPO verloren gehen kann (vgl. RG. 12, 436), wird für das Versteigerungsverfahren zweifelhaft sein.

17. Die Unterschrift des Richters und Gerichtsschreibers (§ 163 ZPO.).

a) Ist der Richter verhindert, so genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers. In diesem Falle wird die Angabe der Behinderung des Richters und ihres Grundes zweckmäßig sein, damit man sieht, ob ein gehörig vollzogenes Protokoll vorliegt oder die Unterschrift nur vergessen ist. Umgekehrt ist aber die alleinige Unterschrift des Richters, selbst bei Verhinderung des Gerichtsschreibers, nicht ausreichend (a. M. Kleinfeller 258). Eine Verhinderung des Gerichtsschreibers ist nicht vorgesehen. Da dieser das Protokoll noch im Termine anzufertigen hat, ist sie vom Gesetzgeber anscheinend für unmöglich oder doch für höchst unwahrscheinlich gehalten worden (vgl. auch Kleinfeller, Funktionen 70). Gleichwohl aber ist der Fall denkbar, daß der Gerichtsschreiber noch im Termine, z. B. infolge einer plötzlichen

Erkrankung, an der Unterzeichnung verhindert wird. Ist vorauszusehen, daß trotzdem eine solche nachträglich geschehen kann, so wird durch Zuziehung eines anderen Gerichtsschreibers bei nochmaliger Aufführung der Präsenz der Termin sich zu Ende führen lassen. Aber auch eine nachträgliche Verhinderung kann dann eintreten, wenn das Protokoll ordnungswidrig nicht im Termine aufgenommen ist (vgl. dagegen Gaupp-Stein 1 S. 397, 401). Kann nun, ganz gleich aus welchem Grunde, eine Unterzeichnung durch den Gerichtsschreiber nicht stattfinden, so verliert das Protokoll seine Eigenschaft als Protokoll und wird seiner Beweiskraft als öffentlicher Urkunde beraubt. Jedoch liegt darin, daß zwar für die Verhinderung des Richters, nicht aber für die des Gerichtsschreibers Vorsorge getroffen ist, nicht die Anerkennung einer höheren Wichtigkeit der Unterschrift des Gerichtsschreibers, weil diese Ausnahme nur einen Notbehelf bedeutet.

b) Die Beweiskraft des Protokolles beruht grundsätzlich auf der vereinigten Unterschrift der Beamten, die es unterzeichnet haben. Die Unterschrift ist ein amtliches Zeugnis und schließt das Protokoll ab, hat aber nicht, wie Endemann 1, 511 meint, die Bedeutung einer abschließenden Solennität. Sie ist im Gegenteil die Kundgebung der Genehmigung durch die Beamten, welche damit die Verantwortlichkeit übernehmen. Letztere ist jedoch nicht bei beiden die gleiche, wennschon ein jeder seine Wahrnehmungen unter eigener Verantwortlichkeit macht. Der Richter haftet sowohl für die formelle Richtigkeit des Protokollinhaltes, d. h. dafür, daß das, was im Protokoll enthalten ist, auch tatsächlich geschehen ist, als auch für die materielle Richtigkeit seiner Entscheidungen. Der Gerichtsschreiber haftet dagegen nur für die formelle Richtigkeit. Da er aber für seine Wahrnehmungen überhaupt verantwortlich ist und zwar in demselben Maße wie der Richter, wird man ihm das Recht zusprechen müssen, bei Meinungsverschiedenheiten neben dessen Auffassung auch seine eigene im Protokolle selbständig zum Ausdruck zu

bringen. Letzteres verliert dann insoweit seine Beweiskraft. Die Verantwortlichkeit des Gerichtsschreibers besteht ferner selbst dann, wenn ihm seitens des Richters diktiert wird.

c) Eine Unterschrift der Beteiligten, des Meistbietenden, Rechnungsverständigen, Dolmetschers, der nicht zugleich Gerichtsschreiber ist, und etwaiger Zeugen usw. ist nicht erforderlich. Die Mot. 219 wollen von einer Unterzeichnung durch den Meistbietenden aus praktischen Rücksichten absehen, ohne jedoch anzugeben, worin diese bestehen. Im Gegenteil wird es häufig gerade praktisch sein, Beteiligte usw. unterzeichnen zu lassen, namentlich wenn dies für etwaige bestimmte Sondererklärungen wünschenswert erscheint. Als solche Sondererklärung kommt z. B. die Bürgschaftserklärung in Frage, deren Beurkundung, wenngleich nicht erforderlich, so doch empfehlenswert ist (vgl. auch Betzinger 252, Altmann 337, Fischer-Schäfer 621, Jäckel 663; a. M. Wolff Anm. 2 zu Art. 10 PrAG. z. ZVG. mit Bezug auf §§ 766, 126 BGB. und 176, 177 FGG.). Allein die Beurkundungsvorschriften des FGG. finden auf die Form der nach der Zivilprozeßordnung aufzunehmenden und nur nach dieser zu beurteilenden Protokolle keine Anwendung. Soweit es sich dabei um rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt, erfolgt ihre Beurkundung lediglich nach Maßgabe der Zivilprozeßordnung ohne Rücksicht auf die außerhalb des Prozesses dafür geltenden Regeln. Ihre Natur als Prozeßhandlungen ist hier wie sonst maßgebend (vgl. Denkschr. z. FGG. 86).

d) Nach der Unterschrift der Gerichtsbeamten abgegebene Erklärungen können zwar protokolliert werden, bilden aber keinen Bestandteil des Protokolles.

Vgl. im übrigen zu den §§ 159 ff. ZPO. auch Flemming im Sächs. Arch. 8, 577 ff., Meyer in Gruchot 27, 303 ff., in Busch 21, 390 ff.

§ 5.

Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden im allgemeinen und des Versteigerungsprotokolles im besonderen.

I. Begriff und Einteilung der Urkunden sei als bekannt vorausgesetzt. Von den verschiedenen Arten ihrer Einteilung kommt für den Zweck dieser Arbeit nur die in öffentliche und Privaturkunden in Betracht, und auch nur die ersteren sollen im folgenden eingehender gewürdigt werden. Nach § 415 ZPO. sind öffentliche Urkunden solche, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Ihr Inhalt ist mannigfacher Art. Je nach dem Inhalte ist aber auch ihre Beweiskraft verschieden. Es lassen sich drei Gruppen bilden:

1. Ist die Urkunde über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet, so begründet sie unter Ausschluß der freien Beweiswürdigung vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges, d. h. zunächst, daß die Erklärung tatsächlich abgegeben ist (§ 415 ZPO.). Diese Beweiskraft erstreckt sich dann aber auch auf die begleitenden Nebenumstände, d. h. darauf, daß die Erklärung vor der beurkundenden Behörde oder Urkundsperson und daß sie von der erklärenden Person, an dem bestimmten Orte, zu der bestimmten Zeit und unter den in der Urkunde sonst angegebenen Umständen abgegeben ist (vgl. auch Komm. Prot. 154/5 und LG. Colmar v. 22. 3. 1902 in ZentrBl. 5, 557). Der Inhalt der Erklärung wird dagegen nicht bewiesen. Die materielle Beweiskraft steht vielmehr im richterlichen Ermessen (vgl. dazu auch Seuffert 1, 598).

In demselben Umfange nun, wie die Beweiskraft reicht, ist nach § 415 Abs. 2 ZPO. auch der Gegenbeweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, zulässig, und zwar durch jede Art von Beweismitteln. Gegenstand der Gegenbeweisführung ist also nicht nur die objektive Unrichtigkeit der Beurkundung in bezug auf die Tatsache der Erklärung, d. h. daß letztere überhaupt nicht oder doch nicht wie beurkundet abgegeben ist, sondern auch in bezug auf die näheren Umstände (Ort, Zeit usw.) oder die Identität der Person. Das Ergebnis des Gegenbeweises unterliegt im Gegensatze zu § 415 Abs. 1 ZPO. der freien Beweiswürdigung (vgl. auch RG. v. 21. 2. 1902 in Jur. Woch. 1902 S. 216). Eine Ausnahme macht nur § 164 ZPO. für das gerichtliche Protokoll und die Förmlichkeiten der Verhandlung (vgl. S. 68—70). Dagegen ist der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhaltes der Erklärung von vornherein schrankenlos zulässig, ohne daß zunächst eine gesetzliche Beweisregel besteht (vgl. auch BOLG. v. 5. 3. 1891 in Seuff. Arch. 47, 241/42).

2. Enthält die von einer Behörde (nicht auch von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person) ausgestellte Urkunde eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung, so begründet sie vollen Beweis ihres Inhaltes (§ 417 ZPO.). Die Beweiskraft erstreckt sich auch hier nur darauf, daß die Anordnung, Verfügung oder Entscheidung ergangen ist, und zwar mit dem aus der Urkunde sich ergebenden Inhalte, nicht jedoch auch auf die materielle Richtigkeit des Inhaltes der Anordnung usw. (a. M. anscheinend BOLG. v. 5. 3. 1891 in Seuff. Arch. 47, 241/42). Allerdings stimmt § 417 insofern mit § 415 überein, als in dem Beweise des Inhaltes auch der Beweis der Tatsache liegt, daß die Anordnung usw., was Ort, Zeit und Identität der Person betrifft, unter den Umständen ergangen ist, welche darin angegeben und damit bezeugt sind. Insoweit ist die Urkunde also nicht Dispositiv-, sondern Zeugnisurkunde.

Was nun die Zulässigkeit des Gegenbeweises anlangt, so

enthält der der gemeinrechtlichen Beweistheorie, der sogen. Legaltheorie, entstammende Ausdruck „voller Beweis“ weder in § 417 noch auch in den §§ 415, 416 und 418 ZPO. an und für sich eine Bestimmung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Gegenbeweises. Nach dieser Theorie gab es ein System gesetzlicher Regeln über die Bewertung der Beweise, und zwar war voller Beweis diejenige Menge von Beweisgründen, welche nötig war, damit der Richter eine Tatsache für wahr annehmen konnte, nicht aber das Endergebnis einer Beweis- und Gegenbeweisaufnahme in ihrer Gesamtheit. Daher ist „voller Beweis“ niemals eine Bezeichnung für Beweisgründe gewesen, welche einen Gegenbeweis ausschließen, sondern für das Vorhandensein von Beweisgründen, welche an sich und vorbehaltlich des Gegenbeweises ausreichen, um die Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache zu begründen.

Bedeutet also „voller Beweis“ an sich nur „ausreichender“, nicht aber „den Gegenbeweis ausschließender“ Beweis, so gilt dieses für die Zivilprozeßordnung jedoch nicht. Hier ist ein Gegenbeweis grundsätzlich unzulässig und nur da statthaft, wo dies, wie in den §§ 415, 418 ZPO., ausdrücklich hervorgehoben ist. Auch im Falle des § 417 ZPO. ist ein Gegenbeweis gegen die in der Urkunde enthaltene Anordnung usw. undenkbar (vgl. Seuffert 1, 601). Letzteres gilt aber nur hinsichtlich der formellen Beweiskraft und auch nur dann, wenn es sich um eine echte Urkunde handelt. Dagegen ist ein Beweis gegen die Echtheit sowie eine Anfechtung der Rechtswirkung oder der Rechtsverbindlichkeit der in der Urkunde enthaltenen Anordnung usw., also ein Gegenbeweis gegen die materielle Beweiskraft stets zulässig.

Was endlich die begleitenden Nebenumstände (Ort, Zeit und Identität der Person) anlangt, so ist auch hier der an und für sich denkbare Nachweis der Unrichtigkeit infolge seiner absichtlichen Nichterwähnung, von den Ausnahmefällen abgesehen, ausgeschlossen.

3. Öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 415, 417 ZPO. bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen (§ 418 Abs. 1 ZPO.). Diese Zeugnisurkunden haben die gleiche Beweiskraft, wie sie § 415 ZPO. gewährt. Es werden also die von der öffentlichen Behörde oder Urkundsperson bezeugten Tatsachen voll bewiesen, also auch Ort und Zeit der Ausstellung und Identität der Person. Die Beweiskraft gilt aber nur, wenn das Zeugnis auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson beruht, oder ihre eigenen Handlungen betrifft, andernfalls nur dann, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

Wie in § 415 ZPO., so kann auch hier die volle Beweiskraft des Abs. 1, 3 durch einen Gegenbeweis, welcher durch jedes Beweismittel geführt werden kann und dessen Ergebnis freier Beweiswürdigung unterliegt, entkräftet werden. Eine Abweichung besteht aber insofern, als in den Fällen des § 418 ZPO. der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen durch die Landesgesetze ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

Endlich ist auch die Beweiskraft des § 418 ZPO. nur eine formelle und keine materielle, d. h. nur die bezeugte Tatsache muß als vollbewiesen angenommen werden, während der Beweiswert dieser Tatsache freier Beurteilung unterliegt (vgl. Seuffert 1, 602; a. M. BOLG. vom 5. 3. 1891 in Seuff. Arch. 47, 241/42 und Bolgiano in Busch 24, 133).

Die Beweiskraft einer jeden Urkunde ist durch ihre Echtheit bedingt. Der Gegenbeweis, daß die Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht ist oder daß ihr Inhalt wissentlich falsch beurkundet ist, erscheint daher nicht nur in den Fällen der §§ 415 und 418 ZPO., sondern auch im Falle des § 417 ZPO. unbegrenzt und mit allen Beweismitteln zulässig. Dabei wird eine Strafbarkeit der Fälschung nicht erfordert. Auch ist die Feststellung der letzteren nur im Falle des § 417 ZPO. notwendig.

In den Fällen der §§ 415 und 418 ZPO. braucht dagegen nur die Unrichtigkeit der Beurkundung des Vorganges bezw. Inhaltes der Urkunde, nicht auch ihre Ursache, die abgesehen von der Absicht falscher Beurkundung auf Schreibfehlern oder Irrtümern seitens der beurkundenden oder erklärenden Person beruhen kann, erwiesen zu werden, wenngleich der Beweis, die beurkundete Erklärung sei nicht oder anders abgegeben, zugleich den Beweis in sich begreift, daß die Unrichtigkeit durch die beurkundende Person hervorgerufen ist.

Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermutung der Echtheit für sich (§ 437 ZPO.). Insoweit ist also die Echtheit nicht bloß Voraussetzung, sondern ein Teil der Beweiskraft, welchem die Beweiswirkung oder Beweiskraft im engeren Sinne, wie sie in den §§ 415—418 ZPO. enthalten ist, gegenübersteht. Die Vermutung der Echtheit wird hinfällig durch den Gegenbeweis der fälschlichen Anfertigung.

Während aber eine Urkunde, um die Vermutung der Echtheit für sich zu haben, sowohl nach Form wie nach Inhalt als von einer öffentlichen Behörde usw. errichtet sich darstellen muß, ist der Charakter der öffentlichen Urkunde, abgesehen von dem Erfordernisse der Ausstellung durch eine öffentliche Behörde usw., nur durch die Beobachtung der vorgeschriebenen Form bedingt. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die vorgeschriebene Form auch eine wesentliche ist, sondern es genügt, wenn sie eine bloß instruktionelle ist. Dagegen schließt die Nichtbeobachtung der Vorschriften über den Inhalt einer Urkunde das Vorliegen einer öffentlichen Urkunde nicht aus, weil in § 415 ZPO. nur die Form erwähnt ist. Die Beweiskraft einer Urkunde, welche wegen eines wesentlichen Formmangels nicht als öffentliche angesehen werden kann, wird vom Gerichte nach freier Überzeugung beurteilt.

Inwiefern Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder teilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung (§ 419 ZPO.). Trotzdem also die gesetzlichen Beweisregeln der §§ 415—418 ZPO. dann keine Anwendung finden, kann das Gericht die Urkunde doch als vollbeweisend annehmen. Die freie Beurteilung bezieht sich auch auf die Urkunde als Ganzes, nicht bloß auf die Frage, welcher Einfluß den Mängeln hinsichtlich der Beweiskraft beizulegen ist (vgl. auch Komm. Prot. 160 und RG. 29, 430), und erstreckt sich außer auf die Beweiswirkung auch auf die Vermutung der Echtheit.

II. Zu den öffentlichen Urkunden gehört auch das Versteigerungsprotokoll, wenn es in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist. Welche Formvorschriften aber derart wesentlich sind, daß ihre Nichtbeobachtung dem Protokolle die Eigenschaft der „öffentlichen" Urkunde nehmen würde, geht aus dem Gesetze nicht mit Sicherheit hervor. In Frage kommen die §§ 159, 162 und 163 ZPO. Von ihnen gebrauchen die beiden letzten das befehlende „ist", wogegen § 159 Abs. 2 statt „muß enthalten" den Ausdruck „enthält" anwendet. Vergleicht man nun den Abs. 2 des § 159 mit dessen Abs. 1, so wird man aus dieser Gegenüberstellung einmal folgern müssen, daß das Wort „ist" = „muß" bedeutet, und ferner, daß Abs. 2 keine wesentliche Formvorschrift darstellt (ebenso Meyer in Gruchot 27, 307). Einen in zweifacher Weise abweichenden Standpunkt vertreten Gaupp-Stein 1, 892, indem sie außer § 163 ZPO. zu den wesentlichen Formvorschriften noch § 159, nicht aber § 162 ZPO. rechnen. Allerdings ist es für die formelle Gültigkeit des Protokolles unerheblich, ob die Beteiligten es genehmigen oder beanstanden, nichtsdestoweniger ist aber die Verlesung eine notwendige und wesentliche Form (ebenso Struckmann-Koch 188). Die Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift bewirkt den Verlust

der Beweiskraft als öffentlicher Urkunde und den Verlust der Eigenschaft als Protokoll. Dies hat wiederum wie bei gänzlichem Fehlen eines Protokolles die Ungültigkeit des ganzen Termines zur Folge, da nach § 80 ZVG. die Entscheidung über den Zuschlag nur auf das Protokoll gestützt werden kann (vgl. auch S. 4; a. M., allerdings nicht bezgl. des Versteigerungsprotokolls, Gaupp-Stein 1, 397; Seuffert 1, 237; Reincke 169).

Hinsichtlich seiner Beweiskraft fällt das Versteigerungsprotokoll nun weder unter § 415 noch § 417 noch § 418 ZPO. allein. Es enthält vielmehr Bestandteile, welche allen drei Bestimmungen unterliegen. Daher finden auf die einzelnen Bestandteile je nachdem die §§ 415, 417 oder 418 ZPO. Anwendung. Es ist eben nicht nötig, daß eine Urkunde einen reinen Tatbestand enthält; es kann vielmehr auch ein Mischtatbestand sein. Demnach fallen alle im Versteigerungsprotokolle enthaltenen, vor dem Gerichte abgegebenen Erklärungen (z. B. Anträge, Behauptungen, Bezeugungen, Verzichte usw., nicht bloß Willenserklärungen) unter § 415 ZPO., die Anordnungen, Verfügungen oder Entscheidungen des Gerichtes unter § 417 ZPO., alle sonstigen Tatsachen aber (z. B. eine im Termine erfolgende Zahlung), insbesondere alle Handlungen des Gerichtes, abgesehen von denen des § 417 ZPO. (z. B. Augenscheinseinnahmen, Belehrungen der Beteiligten, Bekanntmachung der Nachweisungen usw.) unter § 418 ZPO. Nicht zu billigen ist die Ansicht von Kleinfeller (Lehrbuch 258), wonach die Beweiskraft des Protokolles sich nur nach den §§ 415, 417 ZPO., und von Seuffert 1, 240, wonach sie sich nur nach § 418 ZPO. richten soll.

Demnach begründet das Versteigerungsprotokoll vollen Beweis aller in ihm bezeugten Tatsachen. Sein Gesamtinhalt kann jedoch durch den Nachweis der Fälschung, der unter die §§ 415 und 418 ZPO. fallende Inhalt auch noch durch den Nachweis der objektiven Unrichtigkeit entkräftet werden. Letzterer

Grundsatz wird jedoch durch § 164 ZPO. durchbrochen, indem danach die Beobachtung der für die Verhandlung im Versteigerungstermine vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden kann und gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist.

Die Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles erstreckt sich auch auf eine Schrift, welche ihm als Anlage beigefügt und als solche in ihm bezeichnet ist. Sie ist ferner eine positive, indem sie sich nur auf solche Vorgänge im Termine bezieht, welche Aufnahme in das Protokoll gefunden haben, und eine negative, indem sie auch die nicht beurkundeten Vorgänge im Termine betrifft. Jene begründet die Vermutung der Richtigkeit, diese der Vollständigkeit des Inhaltes. Während aber die Vermutung der Richtigkeit, von den Ausnahmefällen der §§ 164 und 417 ZPO. abgesehen, durch den Nachweis objektiver Unrichtigkeit widerlegbar ist, gilt dies von der Vermutung der Vollständigkeit nur, wenn es sich nicht um die Entscheidung über den Zuschlag handelt. Der Fälschungsbeweis ist jedoch hier wie sonst in beiden Fällen zulässig. Die dritte Vermutung endlich, welche das Versteigerungsprotokoll für sich hat, die der Echtheit, kann dagegen nur durch den Nachweis der fälschlichen Anfertigung beseitigt werden, nicht auch durch den Nachweis der nachträglichen Verfälschung oder wissentlichen falschen Beurkundung, da hierdurch nur der betreffende Teil, nicht aber das ganze Protokoll die Vermutung der Echtheit verliert. Erstreckt sich aber die wissentlich falsche Beurkundung auf den gesamten Inhalt, dann fällt sie mit der fälschlichen Anfertigung hinsichtlich der Wirkung auf jene Vermutung zusammen.

Im übrigen finden auch die sonstigen unter I entwickelten Grundsätze auf das Versteigerungsprotokoll Anwendung, soweit nicht unter II Ausnahmen gemacht sind.

In den beiden folgenden Paragraphen soll dann der Ein-

fluß, den die §§ 164 ZPO. und 80 ZVG. auf die §§ 415, 417 und 418 ZPO. hinsichtlich der Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles ausüben, im einzelnen erörtert werden.

§ 6.

Die Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles bezüglich der Förmlichkeiten der Verhandlung.

Auf die Beweiskraft bezüglich der Förmlichkeiten der Verhandlung bezieht sich § 164 ZPO. Er lautet:

„Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig."

Seine Anwendbarkeit auf Protokolle nach § 165 ZPO., zu denen auch das Versteigerungsprotokoll gehört (vgl. S. 12), ist bestritten. Gaupp-Stein 1, 402 verneinen sie, ohne jedoch Gründe anzugeben, und beurteilen die Beweiskraft jener Protokolle nur nach den §§ 415, 418 ZPO. Doch ließen sich für diese Ansicht Gründe anführen. Man könnte nämlich sagen:

a) Die Anwendbarkeit des § 164 ZPO. ist auf die für die mündliche Verhandlung im Sinne der Zivilprozeßordnung vorgeschriebenen Förmlichkeiten beschränkt und ist hier ausgeschlossen, weil die Verhandlung im Versteigerungstermine keine solche ist. Diese Schlußfolgerung erscheint jedoch nicht als richtig, wenn man beachtet, daß § 159 ZPO., der auch von jener mündlichen Verhandlung spricht, unbestritten auf das Versteigerungsprotokoll und die Protokolle nach § 165 ZPO. überhaupt Anwendung findet.

b) § 164 ZPO. bezieht sich nur auf die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Solche gibt es aber für die Verhandlungen nach § 165 ZPO. nicht. Auch

dies ist nicht richtig. Mögen immerhin einige darunter sein, für welche jener Satz zutrifft und für welche deshalb § 164 ZPO. nicht in Betracht kommt; für die große Mehrzahl sind jedoch Förmlichkeiten vorgeschrieben. Dazu gehört die Verhandlung im Versteigerungstermine (z. B. Bekanntgabe der Nachweisungen, Hinweis auf den bevorstehenden Ausschluß weiterer Anmeldungen, Aufforderung zur Abgabe von Geboten usw.).

Versteht man allerdings unter den vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur die Beobachtung der Grundsätze über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung (vgl. S. 68) und nimmt man ferner an, daß für die Verhandlung im Versteigerungstermine Öffentlichkeit nicht vorgeschrieben ist, dann entfällt damit auch die Anwendbarkeit von § 164 ZPO., weil ja Mündlichkeit noch weniger erforderlich ist.

Übrigens ist die Streitfrage praktisch von geringer Bedeutung. Verneint man nämlich die Anwendbarkeit des § 164 ZPO., dann greift § 80 ZVG. Platz, welcher sich auch auf die Förmlichkeiten mit bezieht und, wenn nicht dieselbe, so doch fast die gleiche Wirkung erzielt wie jene Bestimmung.

Hält man dagegen mit der herrschenden Meinung (vgl. z. B. Seuffert 1, 241; Struckmann-Koch 190; Freudenthal 155) § 164 ZPO. für anwendbar, so ist es zunächst von Wichtigkeit, festzustellen, welches der Begriff der Förmlichkeiten ist und welche von diesen vorgeschrieben sind.

Das Wort „Förmlichkeiten" hat in der Literatur und Rechtsprechung bald eine weitere, bald eine engere Auslegung gefunden. Das Gesetz selbst enthält keine Begriffsbestimmung und keine Aufzählung derselben, und ebensowenig ist in der Reihenfolge der §§ 159 ff. ZPO. eine erkennbare Unterscheidung nach dieser Richtung zu finden (vgl. RG. 16, 332). Nach den Vorarbeiten (vgl. Prot. d. nordd. Komm. S. 311 ff.) sind darunter die Formen des Verfahrens zu verstehen, welche die Beobachtung der großen Grundsätze desselben ergeben: „Das Protokoll solle über die

großen Grundsätze des Verfahrens Auskunft geben; jede Partei müsse voraussetzen, daß diese Beobachtung im Protokolle konstatiert sei und, falls sie einen Mangel rügen wolle, für dessen Konstatierung sofort Sorge tragen. Der Begriff der Förmlichkeiten bedürfe einer Definition überhaupt nicht, welche Förmlichkeiten aber wesentlich seien, komme hier nicht in Frage.

Das RG. 16, 332 faßt für den besonderen Zweck des streitigen Falles den Begriff der Förmlichkeiten, soweit sie für die mündliche Verhandlung vorgeschrieben sind, am engsten auf, indem es nur solche Prozeßhandlungen dazu rechnet, welche auf den Grundsätzen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit beruhen, was in jedem Falle zu prüfen sei.

Seuffert 1, 240 versteht darunter alle Momente der Verhandlung, die den modus procedendi im Gegensatze zu dem Inhalte der Prozeßhandlungen betreffen.

Noch weiter geht Vierhaus in Busch 2, 391. Nach ihm gehören zu den für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten alle die Momente der mündlichen Verhandlung, welche sich nicht auf den materiellen Inhalt des speziell vorliegenden Rechtsstreites beziehen.

Reincke 169 nähert sich der Ansicht des Reichsgerichtes, indem er unter Förmlichkeiten die Vorgänge der mündlichen Verhandlung, einschließlich der Beweisaufnahme und Entscheidung, versteht, von welchen deren Rechtsgültigkeit wesentlich abhängig ist.

M. E. sind Förmlichkeiten alle Momente der Verhandlung mit Ausnahme des Inhaltes der Handlungen der Beteiligten oder des Gerichtes, insbesondere aber diejenigen Momente, welche für jeden Versteigerungstermin typisch sind und ihm das Gepräge geben.

Welche Förmlichkeiten aber für die Verhandlung im Versteigerungstermine vorgeschrieben sind, läßt sich allgemein nicht sagen. Jedenfalls ist es dabei gleichgültig, ob ihre Nichtbeobachtung die Verhandlung ungültig machte oder nicht. Es

gehören zu ihnen also wesentliche und unwesentliche, wenn sie nur vorgeschrieben sind (a. M. Reincke oben und Lindemann 113. Dieser versteht unter Förmlichkeiten die äußerlichen Tatsachen, welche ergeben, daß und unter welchen äußeren für die Gültigkeit erheblichen Umständen die Versteigerung stattgefunden hat). Auch ist es belanglos, ob ihre Nichtbeobachtung die Versagung des Zuschlages herbeiführen würde (z. B. Nichteinhaltung der Stunde des § 73 Abs. 1 ZVG.) oder nicht (z. B. Unterlassung der nach § 66 ZVG. erforderlichen Bekanntmachungen).

Die Bedeutung des § 164 ZPO. besteht nun darin, daß, wenn bei der Entscheidung über den Zuschlag über die Wahrung der Förmlichkeiten Streit entsteht, kein anderer Beweis als durch das Versteigerungsprotokoll, etwa durch Vernehmung der Gerichtspersonen oder Beteiligten, zugelassen wird. Diese Beweiskraft erstreckt sich aber nur auf die Entscheidung über den Zuschlag, nicht auch auf den gesamten Verlauf des weiteren Verfahrens, wie dies im Zivilprozesse der Fall ist; insoweit ist also § 164 ZPO. mit Rücksicht auf § 80 ZVG. einschränkend zu interpretieren. Noch weniger findet § 164 ZPO. Anwendung, wenn die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten außerhalb des Versteigerungsverfahrens, z. B. in einem Prozesse gegen die Gerichtspersonen auf Schadensersatz wegen Nichtbeurkundung, streitig wird (vgl. auch RG. v. 11. 3. 1895 in Gruchot 39, 997 ff.). Ob ferner § 164 ZPO. gänzlich von Amts wegen zu berücksichtigen ist oder nur hinsichtlich der Förmlichkeiten, deren Beobachtung von Amts wegen zu prüfen ist (so Struckmann-Koch 190), oder ob er nur dann Platz greift, wenn unter den Beteiligten Streit besteht (so Gaupp-Stein 1, 402; Seuffert 1, 241), ist hinsichtlich des Zivilprozesses streitig. Letztere Ansicht verdient jedoch den Vorzug, wenn man die Fassung des § 164 ZPO. beachtet. Indem danach das Gesetz den Ausdruck gebraucht: „Die Beobachtung . . . kann nur durch das Protokoll „bewiesen" werden und

nicht etwa sagt: „Für die Beobachtung . . . ist nur das Protokoll „maßgebend", deutet es an, daß jene Bestimmung dann unbeachtlich bleibt, wenn unter sämtlichen Beteiligten über die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten Einverständnis herrscht, und nur dann anwendbar ist, wenn darüber Streit oder mindestens Zweifel besteht.

Anders hinsichtlich des Versteigerungsprotokolles! Hier nötigt die Natur des Versteigerungsverfahrens als eines Offizialverfahrens, in welchem das Gericht vor der Entscheidung über den Zuschlag nochmals die Gesetzmäßigkeit des ganzen Verfahrens und damit auch die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten von Amts wegen nachzuprüfen hat, zu der entgegengesetzten Auffassung, soweit es sich um diese Entscheidung handelt. Insoweit ist also § 164 ZPO. mit Rücksicht auf § 80 ZVG. ausdehnend zu interpretieren.

Bestritten ist ferner die Bedeutung des Wortes „Beobachtung". Man hat gemeint (so Freudenthal 154), daß darunter nur die Frage verstanden werden könne, ob die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind, nicht aber, ob sie nicht beobachtet sind; mit anderen Worten, § 164 erstrecke sich nur auf ihre Beobachtung, während hinsichtlich ihrer Nichtbeobachtung keine Beweisbeschränkung stattfinde. Diese Ansicht ist jedoch irrig, wie folgendes Beispiel, das die in jener Beziehung denkbaren sechs Kombinationen bringt, zeigen möge:

1. Eine vorgeschriebene Förmlichkeit ist beobachtet und
   a) die Beobachtung beurkundet,
   b) die Beobachtung nicht beurkundet,
   c) anstatt der Beobachtung die Nichtbeobachtung beurkundet.
2. Eine vorgeschriebene Förmlichkeit ist nicht beobachtet und
   a) die Nichtbeobachtung beurkundet,
   b) die Nichtbeobachtung nicht beurkundet,
   c) anstatt der Nichtbeobachtung die Beobachtung beurkundet.

Die Fälle unter 1 a, c und 2 a, c gehören davon unzweifelhaft unter § 164 Satz 2 ZPO., wonach gegen den die vorgeschriebenen Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolles nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist. Ist aber im Protokolle darüber nichts beurkundet (Fälle 1 b und 2 b), so muß zunächst die Nichtbeobachtung vermutet werden, weil das Protokoll die Vermutung der Vollständigkeit für sich hat. Damit erledigt sich Fall 2 b. Der Beweis der Beobachtung ist aber durch § 164 Satz 1 ZPO. ausgeschlossen, womit Fall 1 b hinfällig wird.

Somit gelten die als beobachtet bezeichneten Förmlichkeiten als beobachtet, die nicht erwähnten als nicht beobachtet. Diese Geltung erstreckt sich aber, wie bereits erwähnt, nur auf die vorgeschriebenen, nicht auch auf alle sonstigen Förmlichkeiten.

Mit jener Beweiswirkung stellt sich § 164 ZPO. gleichwie die §§ 415—418 ZPO. im Gegensatz zu § 286 ZPO., welcher das Prinzip der freien Beweiswürdigung aufstellt. Er geht aber noch erheblich weiter als die §§ 415, 418 ZPO. Indem er in keiner Richtung einen Gegenbeweis zuläßt, begründet er eine praesumtio juris et de jure. Nur der Beweis der Fälschung ist geeignet, jene Beweiswirkung zu entkräften. Das kann gemäß § 83 Nr. 6 ZVG. zur Versagung des Zuschlages führen und gemäß §§ 97, 100 ZVG. einen Beschwerdegrund abgeben. Fälschung ist auch hier jede fälschliche Anfertigung, Verfälschung oder wissentlich falsche Beurkundung. Nicht erforderlich ist, daß sie strafbar ist oder daß sie durch Strafurteil festgestellt wird. Übrigens wäre eine solche Feststellung gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 EG. z. ZPO. für den Zivilrichter nicht bindend. Dagegen ist ist der Nachweis eines bloßen Irrtumes, z. B. der unrichtigen Feststellung der entscheidenden Zeitpunkte infolge unrichtig gehender Uhr, oder der Unvollständigkeit oder der fahrlässig falschen Beurkundung nicht geeignet, die Beweiswirkung des § 164 ZPO. zu beseitigen.

Unter den vorgeschriebenen Förmlichkeiten sind die der gesamten Verhandlung, also auch die der Protokollaufnahme zu verstehen. Sie sind im einzelnen folgende:

a) Ort und Tag des Termines;

b) vorschriftmäßige Besetzung des Gerichtes. Mitwirkung des Dolmetschers und Rechnungsverständigen;

c) Aufruf der Sache;

d) Terminszweck;

e) Anwesenheit der Beteiligten, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;

f) Öffentlichkeit der Verhandlung;

g) Einleitung der Versteigerung durch die Bekanntmachungen des § 66 ZVG., Feststellung und Verlesung des geringsten Gebotes und der Versteigerungsbedingungen;

h) Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen und des Dolmetschers (Kleinfeller, Lehrbuch 257; Meyer in Gruchot 27, 323; a. M. Struckmann-Koch 189; RG. v. 9. 2. 1905 in Jur.Woch. 1905 S. 233) bezw. Tatsache der unbeeidigten Vernehmung;

i) richterlicher Hinweis auf die bevorstehende Ausschließung weiterer Anmeldungen und Aufforderung zur Abgabe von Geboten;

k) nach Beendigung des Bietens Aufforderung zur Abgabe weiterer Gebote und Feststellung, daß trotz der Aufforderung ein Gebot nicht mehr abgegeben ist. Verkündung des letzten Gebotes durch dreimaligen Aufruf und Verkündung des Schlusses der Versteigerung;

l) Einhaltung der vorgeschriebenen Stunde zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und dem Schlusse der Versteigerung (vgl. auch OLG. Dresden v. 19. 5. 1903 in Sächs. Ann. 25, 94);

m) Anhörung der anwesenden Beteiligten über den Zu-

schlag, Verkündung der Entscheidung darüber oder Bestimmung und Verkündung eines Verkündungstermines;

n) Verkündung aller sonstigen gerichtlichen Entscheidungen (RG. 16, 332);

o) Vorlesung oder Vorlegung des Protokolles, soweit sie vorgeschrieben ist, und Entgegennahme der Erklärungen über Genehmigung oder Beanstandung des Protokolles;

p) Unterzeichnung durch den Richter und Gerichtsschreiber.

§ 7.

Die Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles bzgl. des materiellen Inhaltes der Verhandlung.

Zu dem materiellen Inhalte gehören die Verhandlungen oder Erklärungen, welche seitens des Richters, der Beteiligten oder Bieter innerhalb des durch den Gang des Verfahrens gegebenen Rahmens vorgenommen oder abgegeben werden. Zu protokollieren sind diese Vorgänge aber nur, soweit sie entweder unter § 160 Abs. 2 Nr. 1—5 ZPO. fallen oder für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommen (§ 78 ZVG.).

Im einzelnen gehören dahin:

a) Die Verhandlungen über Ausschließung oder Ablehnung der Gerichtspersonen und des Dolmetschers, auch der Zeugen und Sachverständigen;

b) die im Termine mündlich erfolgenden Anmeldungen, die Verhandlungen darüber und die zur Glaubhaftmachung aufgenommenen Beweise (Zeugenaussagen, vorgelegte Urkunden);

c) die Erklärungen und Handlungen des Gläubigers, des Schuldners oder Dritter, welche eine Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens herbeiführen, und die etwa damit in Verbindung stehenden Anträge und Verhandlungen;

d) der Inhalt der nach § 66 ZVG. vom Richter zu machenden Mitteilungen, Anträge auf Abänderung des geringsten Gebotes und der Versteigerungbedingungen im allgemeinen und besonderen und die Anträge und Erklärungen der Beteiligten dazu, ferner das Ergebnis eines Augenscheines, die Gutachten Sachverständiger und das Ergebnis der Verhandlung über das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen;

e) die abgegebenen Gebote und Verhandlungen dazu (Widerspruch, Zulassung, Zurückweisung, Sicherheitsleistung usw.);

f) die bei Anhörung der Beteiligten abgegebenen Erklärungen und stattgehabten Verhandlungen;

g) die im Termine verkündeten gerichtlichen Entscheidungen;

h) die Erklärungen über Genehmigung oder Beanstandung des Protokolles.

Sind diese Vorgänge im Versteigerungsprotokolle enthalten, so begründet dasselbe auf Grund der §§ 415, 417, 418 ZPO. zunächst vollen Beweis der Richtigkeit in dieser Beziehung. Aber diese Beweiswirkung ist auch hier nur eine formelle und kann, von § 417 ZPO. abgesehen, durch den Nachweis der objektiven Unrichtigkeit jenes Inhaltes entkräftet werden. Alles dieses gilt ferner nur für den materiellen Inhalt der Verhandlung, der Aufnahme in das Protokoll gefunden hat, also bzgl. des positiven Inhaltes des Protokolles.

Dagegen kommen hinsichtlich des nicht in dasselbe aufgenommenen materiellen Inhaltes der Verhandlung, also des negativen Protokollinhaltes, für die Beweiswirkung nicht die §§ 415, 417, 418 ZPO., sondern allein § 80 ZVG. zur Anwendung, wenigstens soweit es sich um die Entscheidung über den Zuschlag handelt. § 80 ZVG., welcher dem § 81 Abs. 2 des PrZVG. von 1883 nachgebildet ist (vgl. S. 3), lautet:

> „Vorgänge in dem Versteigerungstermine, die nicht aus dem Protokoll ersichtlich sind, werden bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht berücksichtigt."

Zunächst eine Erklärung der Begriffe (vgl. auch Jäckel 292/3; Fischer-Schäfer 327; Reinhard 1, 409/11; Wolff 184/5):

a) „Vorgänge." Die Bedeutung dieses Wortes ist hier die gleiche wie in § 78 ZVG., wird jedoch noch mehr eingeschränkt wie dort. Während nämlich jene Bestimmung die für die Entscheidung über den Zuschlag oder für das Recht eines Beteiligten in Betracht kommenden Vorgänge betrifft, beschränkt sich § 80 allein auf die ersteren und berührt die letzteren nur dann, wenn sie zu gleicher Zeit für die Entscheidung über den Zuschlag in Frage kommen. Nicht zutreffend ist die Ansicht des OLG. Königsberg vom 8. 1. 1902 in Rechtspr. 4 S. 159, wonach sich § 80 ZVG. nur auf solche Vorgänge beziehen soll, zu deren Beurkundung das Versteigerungsprotokoll an sich bestimmt ist; denn unter diesen sind auch solche, die mit der Entscheidung über den Zuschlag in gar keinem Zusammenhange stehen und damit auch für § 80 ZVG. gar nicht in Frage kommen. Gleichgültig ist es, ob durch die Beurkundung oder Nichtbeurkundung ein Zuschlagsversagungsgrund geschaffen oder beseitigt würde. Übrigens ist es nicht erforderlich, daß die Vorgänge allein den materiellen Inhalt betreffen, vielmehr gehören auch die Förmlichkeiten dazu.

b) „In dem Versteigerungstermine." Für die Zuschlagsentscheidung sind nicht nur die Vorgänge im Versteigerungstermine, sondern auch solche vor und nach diesem zu berücksichtigen, wenn sie wesentlich sind und vom Gesetze zugelassen sind (z. B. Vorgänge nach §§ 37 Nr. 5, 81 Abs. 2, 3, 87 Abs. 3 ZVG.). Letztere können aber auf jede Art und Weise bewiesen werden. Somit erstreckt sich die Wirkung des § 80 ZVG. nicht auf alle tatsächlichen Grundlagen der Zuschlagsentscheidung.

c) „Die nicht aus dem Protokoll ersichtlich sind."

α) Die Vorgänge des Versteigerungstermines müssen aus

dem „Protokolle“ ersichtlich sein. Es genügt nicht, wenn sie anderweit, z. B. aus den Akten, entnommen werden können. Sind sie dagegen in eine Schrift aufgenommen, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist, dann sind sie ersichtlich.

β) Indem das Gesetz ausdrücklich „ersichtlich“ (= erkennbar, nicht = aufgenommen) sagt, gibt es zu verstehen, daß eine unmittelbare Beurkundung der erheblichen Vorgänge nicht unbedingte Voraussetzung ihrer Beachtung ist. Deshalb sind auch solche Vorgänge ersichtlich, die, ohne unmittelbar im Protokolle beschrieben zu sein, aus dem gesamten Inhalte desselben, insbesondere aus anderen Anführungen sich zweifelsfrei feststellen lassen. Ist z. B. jemand nicht als anwesend aufgeführt, so gilt er doch als anwesend, wenn eine Tätigkeit von ihm ausgeführt und protokolliert ist (z. B. Stellung eines Antrages); ebenso gilt eine Sicherheit als geleistet, wenn zwar nicht dieses, aber ihre Rückgabe vermerkt ist usw.

Die Handlungen der Beteiligten oder Bieter, die bis zu einem bestimmten Zeitpunkte (z. B. Gebote bis zum Schlusse der Versteigerung) wahrgenommen werden müssen, sind schon dann nicht ersichtlich, wenn sie bis zu jenem Termine nicht beurkundet sind. Das Gleiche gilt von allen übrigen Vorgängen, wenn sie nicht spätestens zu der Zeit protokolliert sind, von welcher an die Entscheidung über den Zuschlag möglich ist. Nicht zutreffend ist die Ansicht von Samter 115/20, nach der die tatsächlichen Grundlagen, soweit es sich um Vorgänge im Termine handelt, lediglich die bei Schluß der Versteigerung bereits protokollierten Erklärungen und sonstigen Vorgänge des Versteigerungstermines abgeben; denn auch zwischen dem Schlusse der Versteigerung und der Zuschlagsentscheidung ereignen sich Vorgänge, die eine tatsächliche Grundlage für letztere bilden.

Mit den nicht ersichtlichen Vorgängen sind nicht zu verwechseln die unvollständig im Protokolle zum Ausdruck ge-

kommenen Vorgänge. Für ihre Behandlung gibt es zwei Möglichkeiten: entweder stellt man sie den nicht ersichtlichen gleich oder man berücksichtigt sie, nachdem man sie zuvor durch Auslegung ergänzt hat. Ersteres verdient den Vorzug. Es entspricht nicht dem Zwecke, den das Gesetz mit dem § 80 ZVG. verfolgt, wenn man eine Auslegung solcher Vorgänge, die im Grunde genommen doch nur eine Ergänzung wäre, zuließe. Dazu kommt, daß das Maß der Unvollständigkeit bald größer, bald kleiner sein wird und häufig sogar derart sein wird, daß die Unvollständigkeit eine vollständige ist. Hat z. B. ein Bieter auf Verlangen eines Beteiligten Sicherheit geleistet, letzterer jedoch wegen unzureichender Höhe Widerspruch erhoben, und ist aus dem Protokolle nur die Tatsache, nicht aber die Höhe der Sicherheit ersichtlich, dann ist dem Bieter der Zuschlag zu versagen bezw. in der Beschwerdeinstanz wieder aufzuheben, wenn nachträglich seitens des Gerichtes die erhöhte Sicherheitsleistung für nötig erachtet ist.

Über die Behandlung unrichtig oder unklar ersichtlicher Vorgänge s. unten.

d) „Werden bei der Entscheidung über den Zuschlag nicht berücksichtigt."

α) Im PrZVG. von 1883 fehlten die Worte „bei der Entscheidung über den Zuschlag" (vgl. S. 3). Gleichwohl nahm man an, daß § 81 Abs. 2 PrZVG. sich nur auf diese Entscheidung beschränke. Dies gilt auch für das jetzige Zwangsversteigerungsgesetz. Demnach findet § 80 ZVG. im weiteren Laufe des Verfahrens keine Anwendung. Daher können z. B. nicht beurkundete Anmeldungen des § 37 Nr. 4, 5 ZVG. für die Verteilung des Versteigerungserlöses auf jede Art und Weise nachgewiesen werden. Dabei behalten aber die Anmeldungen nach § 37 Nr. 4 ZVG. ihren alten Rang und werden nicht etwa dem Anspruche des Gläubigers und den übrigen Rechten nachgesetzt, wie Kretschmar S. 139 meint. Dies ist nur bei

nicht rechtzeitiger Anmeldung oder bei mangelnder Glaubhaftmachung der Fall. Dagegen müssen Anmeldungen, die vor dem Termine schriftlich erfolgt sind, jedoch im Termine nicht bekanntgegeben und nicht in das geringste Gebot aufgenommen sind, sogar noch bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden, weil § 80 ZVG. sich nur auf Vorgänge im Termine bezieht.

Handelt es sich um außerhalb des Versteigerungsverfahrens liegende Zwecke, dann gilt jene Bestimmung noch weniger. Daher kann z. B. in einem Schadensersatzprozesse gegen die Gerichtspersonen wegen Nichtbeurkundung des Meistgebotes der Nachweis von dessen Abgabe durch jedes Beweismittel erbracht werden.

Endlich folgt aus § 80 ZVG., daß alle für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommenden Vorgänge bereits zu dieser Zeit und nicht erst am Schlusse des Termines beurkundet sein müssen.

β) Die nicht beurkundeten Vorgänge werden nicht berücksichtigt, d. h. sie dürfen nicht berücksichtigt werden. Der Inhalt des Protokolles gilt schlechthin als erschöpfend (praesumtio juris et de jure). Die nachträgliche Bestätigung eines Vorganges zu den Akten oder die nachträgliche Errichtung eines Ergänzungsprotokolles ist ohne jede Wirkung. Eine Vervollständigung des Protokolles ist nur bis zu dem Zeitpunkte zulässig, bis zu dem der Vorgang, welcher nachgetragen werden soll, mit rechtlicher Wirksamkeit geschehen kann (z. B. Gebote nur bis zum Schlusse der Versteigerung). Dies muß auch für die Förmlichkeiten gelten. Insoweit ist § 164 ZPO. mit Rücksicht auf § 80 ZVG einschränkend zu interpretieren.

Die Ansichten über die Bedeutung des § 80 ZVG. sind in der Literatur sehr geteilt.

Verschiedene Schriftsteller (so v. d. Pfordten 226, Niedner 123) halten gegen den Inhalt des Versteigerungsprotokolls nur den Nachweis der Fälschung für zulässig. Manche (z. B. Wolff

183/4, Altmann 159, Kretschmar 37, Badstübner 129, Betzinger 254, Günther 105) stützen sich dabei auf § 164 ZPO. Einmal folgt aber die Zulässigkeit des Fälschungsbeweises aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und dann bezieht sich jene Bestimmung nur auf die Förmlichkeiten und nicht auch auf den materiellen Inhalt der Verhandlung. Auf demselben Standpunkte wie jene Schriftsteller steht Meyerhoff 275/76, jedoch mit einer Abweichung (soweit die Aufnahme von Vorgängen in das Protokoll „erforderlich" ist). Eine vermittelnde Stellung nimmt Altmann 159 ein, indem er hinsichtlich der Vorgänge, die nicht für den Zuschlag, aber für das Recht eines Beteiligten erheblich sind, den Nachweis objektiver Unrichtigkeit zuläßt; ebenso Reinhard 1, 406.

Demgegenüber lassen Jäckel 292/93 und Fischer-Schäfer 325/27 gegen den materiellen Inhalt des Versteigerungsprotokolles den Nachweis objektiver Unrichtigkeit in vollem Umfange zu. Man wird dieser Ansicht unbedingt den Vorzug geben müssen. Denn der materielle Inhalt des Protokolles untersteht den §§ 415, 417, 418 ZPO., welche mit Ausnahme des § 417 ZPO. jenen Nachweis zulassen. Dem steht § 80 ZVG. nicht entgegen, dessen Beweiskraft nur negativer Natur ist. Zwar dürfen nicht ersichtliche Vorgänge nicht berücksichtigt werden. Nicht richtig ist aber die Umkehrung dieses Satzes, wonach die ersichtlichen Vorgänge auch berücksichtigt werden müssen, daß sie insbesondere als so geschehen anzusehen sind, wie sie beurkundet sind. Ein solcher Satz gilt nur für die Förmlichkeiten. Der hier vertretenen Auffassung stehen auch die Motive nicht entgegen. Sie bezeichnen zwar auf S. 219 den § 80 ZVG. als eine über den § 150 (jetzt 164) der ZPO. hinausgehende Bestimmung, ohne jedoch anzugeben, inwieweit dies der Fall ist. Hierüber sind nun Meinungsverschiedenheiten entstanden. Man hat geglaubt, § 80 ZVG. spreche den gleichen Grundsatz, wie ihn § 164 ZPO. hinsichtlich der Förmlichkeiten aufstelle, auch hin-

sichtlich des materiellen Inhaltes aus. Diese Auffassung erscheint um so weniger gerechtfertigt, als dann das Gesetz dem § 80 ZVG. eine andere Fassung gegeben hätte. Es würde dann nach Analogie von § 164 ZPO. jedenfalls gesagt haben:

„Die Beobachtung der für die Entscheidung über den Zuschlag in Betracht kommenden Vorgänge in dem Versteigerungstermine kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Vorgänge usw."

Jene Worte der Motive wird man vielmehr dahin verstehen müssen, daß § 80 ZVG. nur insoweit über § 164 ZPO. hinausgeht, als hier wie dort die nicht ersichtlichen Vorgänge nicht berücksichtigt werden, nicht aber auch insoweit, als die ersichtlichen Vorgänge im Falle des § 80 ZVG. berücksichtigt werden müssen. Im übrigen ist auf das Verhältnis beider Bestimmungen zu einander bereits mehrfach hingewiesen worden. Hier sei nur noch bemerkt, daß § 80 sich, wie auf die Förmlichkeiten überhaupt, so auch im Gegensatze zu § 164 ZPO. auf die nicht vorgeschriebenen erstreckt.

Während ferner die Geltendmachung der Unvollständigkeit sowohl bezüglich der Förmlichkeiten wie des materiellen Inhaltes nur bis zu einem bestimmten Stadium, spätestens bis zu dem Zeitpunkte zulässig ist, von dem an die Zuschlagsentscheidung ergehen kann, gilt dies nicht in gleicher Weise von der Unrichtigkeit des Protokollinhaltes. Zwar kann unrichtige Beurkundung der Förmlichkeiten bis zum Abschlusse des Protokolles und unrichtige Beurkundung des materiellen Inhaltes sogar noch später nachgewiesen werden. Dies kann aber nicht in allen Fällen zu einer Berichtigung des Protokolles führen. Berichtigung ist Ersetzung eines unrichtigen Tatbestandes durch den richtigen. Ihr steht § 80 ZVG. entgegen. Sie ist jedoch da zulässig, wo eine Vervollständigung gestattet ist (s. oben unter d β), keinesfalls aber mehr nach Abschluß des Protokolles, ganz gleich, ob der Fehler durch ein Versehen bei der Niederschrift oder durch ein Verhören oder

durch eine falsche Auffassung des Beamten entstanden ist. Kann somit grundsätzlich der Nachweis der objektiven Unrichtigkeit nicht den Erfolg haben, daß an Stelle der widerlegten Tatsachen die als richtig erwiesenen, aber aus dem Protokolle nicht ersichtlichen treten, so ist dies doch stets der Fall, wenn eine Fälschung des Protokolles nachgewiesen wird. Dann ist eine Berichtigung auch nach Abschluß desselben zulässig. Ist das Protokoll unvollständig, dann ermöglicht jener Fälschungsbeweis seine Vervollständigung. Dessen Zulässigkeit in letzterem Falle steht nicht entgegen, daß § 80 ZVG. sie nicht ausdrücklich erwähnt. Sie folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Wer die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Protokollinhaltes behauptet, hat sie zu beweisen. Ein besonderes Verfahren findet nicht statt; ebensowenig ist es zulässig oder erforderlich, um eine Ergänzung oder Berichtigung in den Fällen, wo sie nach obigem gestattet ist, zu erreichen, erst diejenigen, welchen der Mangel des Protokolles zum Vorteile gereicht, oder die, welche sich einer Beseitigung des Mangels widersetzen, zum Zwecke der Abgabe einer Genehmigungserklärung zu verklagen. Vielmehr bildet das Beschlußverfahren, welches auch das Versteigerungsverfahren ist, genügend Raum, die erforderlichen Beweise zu erheben. Es entspricht sogar nur dem Wesen des Versteigerungsverfahrens als eines Offizialverfahrens und der „vermittelnden, fördernden und ausgleichenden" Tätigkeit, deren sich das Versteigerungsgericht befleißigen soll, wenn es von Amts wegen Ermittelungen anstellt, sobald ein solcher Mangel des Protokolles behauptet wird, dessen Beseitigung rechtlich und zeitlich noch zulässig erscheint. Handelt es sich hierbei um die Unvollständigkeit des Protokolles und kommt das Gericht zu dem entgegengesetzten Ergebnisse wie der Antragsteller, so werden doch dessen Einwendungen zu beurkunden sein. Andernfalls würde er in der Beschwerdeinstanz nicht gehört werden können. Der Mangel der Unrichtigkeit kann dagegen auch ohne das geltend

gemacht werden. Gelingt der Nachweis, so ist der Zuschlag gemäß § 83 Nr. 6 ZVG. zu versagen oder in der Beschwerdeinstanz gemäß §§ 100, 101 ZVG. aufzuheben, wenn er bereits erteilt ist, sofern es sich um Unrichtigkeit des Protokollinhaltes handelt und sofern eine Berichtigung unstatthaft ist. Ist aber letztere oder eine Ergänzung des Protokollinhaltes zulässig und gelingt der Nachweis, so führt dies nur zur Beseitigung des Mangels; nicht jedoch ist dieser an und für sich ein Zuschlagsversagungsgrund.

Oben ist darauf hingewiesen worden, daß die Unvollständigkeit des Protokollinhaltes zu beweisen hat, wer sie behauptet. Dies bezieht sich nur auf den Fall, daß über den wirklichen Inhalt des Protokolles kein Zweifel besteht. Eine andere Frage ist die, wie die Beweislast dann zu verteilen ist, wenn über die Auslegung des Protokolles Meinungsverschiedenheiten entstehen. Ist es hierfür von Bedeutung, daß das Wort „nicht" unmittelbar hinter „welche" und nicht hinter „Protokoll", wie es stilistisch wohl richtiger wäre, folgt? Diese Frage ist von Planck (Vorbem. 5 zu Buch 1) für die Anführungspflicht des Berechtigten bezüglich solcher Tatbestandsstücke, die im Gesetze durch einen negativen Konditionalsatz bestimmt sind, bejaht. Sie würde hinsichtlich des § 80 ZVG. dahin führen, daß grundsätzlich die Terminsvorgänge unberücksichtigt blieben und daß derjenige, welcher einen Vorgang behauptete, seine Beurkundung beweisen müßte, nicht aber dahin, daß grundsätzlich jene Vorgänge zu berücksichtigen wären und daß der das Nichtvorhandensein eines Vorganges Behauptende seine Nichtbeurkundung zu beweisen hätte. Die Streitfrage ist jedoch praktisch bedeutungslos, weil das Gericht von Amts wegen unter Zugrundelegung des Protokolles prüft. Das Ergebnis ist stets das gleiche, sei es nun, daß Vorgang und Beurkundung, sei es daß allein letztere oder, wie oben, nur der Vorgang streitig ist: beweisen muß stets der, welcher eine andere Auffassung als das Gericht hat.

Ebenso wie über die Bedeutung des § 80 ZVG. überhaupt, so sind auch über die Zulässigkeit einer Ergänzung oder Berichtigung des Protokolles oder von Protokollnachträgen die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung geteilt. Eine Ergänzung des Protokolles halten für unzulässig nach Abschluß, d. h. nach Unterzeichnung durch den Richter und Gerichtsschreiber, Fischer-Schäfer 327, v. d. Pfordten 224/7 und OLG. Karlsruhe v. 3. 9. 1902 im ZentrBl. 3, 428, für zulässig dagegen LG. Dresden v. 28. 5. 1902 in Busch 32, 395 ff. Eine Berichtigung des Protokolles halten für unzulässig v. d. Pfordten 224/7 und anscheinend Jäckel 292/93, für zulässig dagegen Meyerhoff 275. Protokollnachträge hält für unzulässig Fischer-Schäfer 327, für zulässig die eben zitierte Entscheidung des LG. Dresden.

Mit der Ergänzung des Protokolles darf nicht die Auslegung unklar ersichtlicher Vorgänge verwechselt werden. Sie ist als zur materiellen Beweiskraft gehörig stets zulässig und wird von § 80 ZVG. nicht betroffen. Dabei können mündliche Erläuterungen der Gerichtspersonen Berücksichtigung finden (vgl. OLG. Posen v. 5. 12. 1900 in Seuff. Arch. 56, 338 f.) Die Auslegung hat aber darin ihre Grenze, daß nicht ein Tatbestand festgestellt werden darf, der mit dem Protokolle im Widerspruche steht oder doch nicht aus ihm herausgelesen werden kann (vgl. OLG. Dresden v. 13. 6. 1902 in Rechtspr. 5, 210, Reinhard im ZentrBl. 3, 40).

Aus der Vorschrift des § 80 ZVG. ergibt sich als Nutzanwendung, daß der Richter jedem Verlangen nach Aufnahme von Vorgängen pflichtgemäß stattzugeben hat, sofern es sich nicht um offenbar unerhebliche handelt. Die wesentlichen und erheblichen Vorgänge sind von Amts wegen zu beurkunden. Handeln die Gerichtsbeamten dieser Verpflichtung entgegen, so können freilich die nicht beurkundeten Vorgänge bei der Zuschlagsentscheidung auch in der Beschwerdeinstanz nicht berücksichtigt werden.

Beide machen sich aber persönlich verantwortlich. Bei Geltendmachung dieses Ersatzanspruches ist ein Beweis gegen den Inhalt des Protokolles in vollem Umfange zulässig.

Zum Schluß möge noch folgendes Schema eine kurze Übersicht über die Beweiskraft des Versteigerungsprotokolles bezüglich des gesamten Inhaltes geben:

1. positive Beweiskraft (d. h. bezüglich des beurkundeten Verhandlungsinhaltes).

a) formelle:

α) bezüglich der Förmlichkeiten: § 164 ZPO.
β) bezüglich des materiellen Inhaltes: §§ 415, 417, 418 ZPO.

b) materielle:

α) bezüglich der Förmlichkeiten: } richterliches
β) bezüglich des materiellen Inhaltes: } Ermessen.

2. negative Beweiskraft (d. h. bezüglich des nicht beurkundeten Verhandlungsinhaltes).

a) formelle:

α) bezüglich der Förmlichkeiten: §§ 164 ZPO., 80 ZVG.
β) des materiellen Inhaltes: § 80 ZVG.

b) materielle:

α) bezüglich der Förmlichkeiten: } fällt fort.
β) bezüglich des materiellen Inhaltes: }

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.